A02
B748

- - МАЙ 2008

Проверено 1948 г.

4768

ВОПРОСЫ ПРАВА

Журналъ Научной Юриспруденціи

1912 г. Книга X (2).

ИЗДАВАЕМЫЙ

при ближайшемъ участіи:

А. Э. Вормса, П. В. Гидулянова, А. И. Елистратова, графа Л. А. Камаровскаго, Б. А. Кистяковскаго, С. А. Котляревскаго, И. Х. Озерова, Г. С. Фельдштейна и А. Л. Форштетера,

МОСКВА.

1912.

Типо-лит. Т-ва **Владиміръ ЧИЧЕРИНЪ въ Москвѣ,**
Марьинскій уч., соб. домъ.

ОГЛАВЛЕНІЕ.

Стр.

А. М. Гуляевъ. Право участія частнаго въ практикѣ Гражданскаго Кассаціоннаго Департамента Пр. Сената 1

Б. Е. Шацкій. Вето-билль 51

Бар. А. А. Симолинъ. Охрана личныхъ правъ авторовъ въ новомъ законѣ объ авторскомъ правѣ 20-го марта 1911 года 90

Л. М. Зайцевъ. О наказуемости недобросовѣстной конкуренціи 138

Б. А. Лапицкій. Указная доля супруги 159

КРИТИКА и БИБЛІОГРАФІЯ.

Н. Н. Алексѣевъ. Науки естественныя и науки общественныя въ историческомъ взаимоотношеніи ихъ методовъ С. А. Котляревскій 193

С. А. Котляревскій. Юридическія предпосылки русскихъ Основныхъ Законовъ. Москва, 1912. 217 стр. Цѣна 1 р. 25 к. Б. Е. Шацкій 199

Г. Г. Тельбергъ. Очерки политическаго суда и политическихъ преступленій въ Московскомъ государствѣ XVII в. Москва, 1912. С. А. Шумаковъ 206

В. М. Грибовскій. Проф. Имп. Новороссійскаго Унив. Докторъ госуд. права.—Государственное устройство и управленіе Россійской Имперіи. Одесса. 1912. Цѣна 2 р. 25 к. А. С. Тагеръ 218

Проф. **Р. А. Рейссъ.** Научная техника разслѣдованія преступленій. Курсъ лекцій, прочтенныхъ въ г. Лозаннѣ профессоромъ Рейссомъ чинамъ русскаго судебнаго вѣдомства лѣтомъ 1911 года. Составлено подъ редакціей Старшаго Юрисконсульта Министерства Юстиціи С. Н. Трегубова. Спб. 1912. Стр. 2+2+178. In 8°. И. К. Сухоплюевъ 222

Марсель Планіоль. Курсъ французскаго гражданскаго права, часть первая—Теорія объ обязательствахъ и часть вторая—Договоры. Переводъ съ французскаго В. Ю. Гартмана, члена Петроковскаго Окружнаго Суда. Петроковъ. 1911 г. 956 стр. А. Э. Вормсъ 224

Францъ Листъ (Franz Liszt) профессоръ Берлинскаго Университета. Международное право въ систематическомъ изложеніи. Переводъ съ шестого нѣмецкаго изданія подъ редакціей проф. В. Э. Грабаря. Третье русское изданіе, совершенно переработанное. Съ дополненіями редактора и очеркомъ частнаго международнаго права, составленнымъ проф. бар. Б. Э. Нольде. Юрьевъ (Дерптъ) 1912. XX+575+CLXXXIV стр. Цѣна 4 руб. Н. Н. Голубевъ 227

Отвѣтъ г. Т. М. Яблочкову по поводу замѣчаній его на книгу: „Право и личность крестьянина“. Н. П. Дружининъ. 231

Право участія частнаго въ практикѣ Гражданскаго Кассаціоннаго Департамента Пр. Сената.

I.

Среди исковъ, перечисленныхъ въ ст. 29 Уст. Гр. Суд., совершенно обособленное положеніе занимаютъ двѣ категоріи притязаній: иски о возстановленіи нарушеннаго владѣнія (п. 4) и иски о правѣ участія частнаго (п. 5). Подсудность этихъ исковъ, относящихся вообще къ недвижимому имѣнію, не опредѣляется ихъ цѣною [1]), и предѣлъ подсудности, указанный въ 1 и 2 пунктахъ 29 ст., никакого значенія для этихъ исковъ не имѣетъ. Подвѣдомственность ихъ мировому суду поставлена въ зависимость отъ времени совершенія того дѣйствія, которое было поводомъ къ предъявленію иска [2]).

Обѣ категоріи притязаній не въ одинаковой мѣрѣ подверглись истолкованію въ рѣшеніяхъ Гражд. Касс. Д-та Прав. Сената. Благодаря практикѣ Сената на почву нашего права пересажены представленія о владѣльческомъ искѣ въ троякомъ его проявленіи,—какъ interdicta recuperandae, retinendae и adipiscendae possessionis. Въ этомъ случаѣ, какъ и во многихъ другихъ, интерпретація Гражд. Касс. Д-та пріобрѣла характеръ правотворческій.

Инымъ характеромъ отличаются рѣшенія Прав. Сената, посвященныя искамъ о правѣ участія частнаго. Матеріалъ Свода Зак. Гражд., указанный въ 5 п. 29 ст.

---

[1]) Рѣш. 1877 г. № 179.
[2]) Рѣш. 1871 г. № 160.

Уст. Гражд. Суд.,(стт. 442, 445—451), устраняетъ необходимость для Касс. Департамента создавать такія положенія, которыя были бы вовсе не знакомы нашему праву. Въ примѣненіи къ каждому изъ тѣхъ „правъ участія частнаго", которыя изображены въ Законахъ Гражданскихъ, Сенату приходилось только создавать болѣе рѣзкія очертанія тѣхъ юридическихъ отношеній, для защиты коихъ созданы „иски о правѣ участія частнаго".

Что же такое *право участія частнаго*?

Въ Сводѣ зак. гражд. имѣется двоякаго рода матеріалъ, на основаніи котораго возможно отвѣтить на поставленный вопросъ: съ одной стороны, стт. 432 и 433 и съ другой,—стт. 442—451.

Ст. 432 разсматриваетъ право участія частнаго, какъ одинъ изъ моментовъ, ограничивающихъ право собственности и дѣлающихъ это право неполнымъ:

„Право собственности бываетъ неполнымъ, когда оно ограничивается въ пользованіи, владѣніи или распоряженіи также неполными на то же самое имущество правами, каковы суть: 1) право участія въ пользованіи и выгодахъ чужого имущества..."

Слѣдующая же 433 ст. поясняетъ, что̀ такое право участія въ пользованіи и выгодахъ чужого имущества:

„Право посторонняго участія въ выгодахъ имущества есть или общее или частное. Оно есть общее, когда участіе въ выгодахъ имущества установляется въ пользу всѣхъ безъ изъятія; оно есть частное, когда участіе установляется единственно и исключительно въ пользу кого-либо изъ частныхъ владѣльцевъ".

Обѣ приведенныя статьи являются редакціонными, обобщающими,—подъ ними нѣтъ ссылокъ на опредѣленныя узаконенія, а сдѣлана общая ссылка на „узаконенія нижеприведенныя".

Придерживаясь этого опредѣленія участія частнаго, разсмотримъ, въ какой мѣрѣ соотвѣтствуетъ этому опредѣленію содержаніе статей 442—451, помѣщенныхъ подъ общимъ заголовкомъ „право участія частнаго".

Означенныя статьи посвящены слѣдующимъ тремъ темамъ: отношенія между владѣльцами лежащихъ по теченію рѣки мельницъ (ст. 442—444), отношеніе между сосѣдями, владѣющими усадебными участками (ст. 445—447), отношеніе между владѣльцемъ промысла и владѣль-

цемъ земли, чрезъ которую должна быть проложена дорога (стт. 448—451).

I. „Владѣлецъ земель и покосовъ, вверху рѣки лежащихъ, имѣетъ право требовать:

1) чтобы сосѣдъ запрудами не поднималъ рѣчной воды и оною не потоплялъ его луговъ и пашней и не останавливалъ дѣйствія его мельницы;

2) чтобы хозяинъ противоположнаго берега не примыкалъ плотины къ его берегу безъ его согласія".

Если законъ даетъ верхнему владѣльцу право требовать отъ владѣльца нижележащаго по рѣкѣ имѣнія, чтобы послѣдній не потоплялъ его луговъ и пашней, то развѣ въ этомъ протестѣ противъ устройства причиняющихъ вредъ запрудъ нельзя видѣть проявленія права собственности, какъ права исключительнаго и независимаго отъ лица посторонняго?

Участвуетъ ли въ этомъ случаѣ верхній владѣлецъ въ выгодахъ имущества, принадлежащаго нижнему сосѣду?

Представимъ себѣ двѣ имущественныя сферы, между которыми существуетъ такое отношеніе, что субъектъ одной, выходя за предѣлы своей сферы, правомѣрно можетъ оказывать воздѣйствіе на другую: въ этомъ случаѣ есть основаніе говорить о правѣ участія въ выгодахъ другого (чужого) имущества, потому что здѣсь въ пользу частнаго владѣльца установляется участіе въ выгодахъ чужого имущества (ст. 433). Но если частный владѣлецъ не выходитъ за предѣлы своей имущественной сферы и ограничивается лишь тѣмъ, что запрещаетъ субъекту другой сферы оказывать воздѣйствіе на свою, то, конечно, въ такомъ воспрещеніи нельзя усматривать право участія частнаго, потому что и участія здѣсь никакого нѣтъ, а можно видѣть только проявленіе своего права собственности, ограждаемаго противъ всѣхъ и каждаго.

Безъ сомнѣнія, на почвѣ 1 п. 442 ст. можетъ быть создано право участія частнаго, но въ направленіи обратномъ тому, о какомъ идетъ рѣчь въ приведенномъ текстѣ. Верхнему владѣльцу принадлежатъ всѣ выгоды, связанныя съ его имуществомъ, между ними и право отстранять воздѣйствія нижележащаго владѣльца. И вотъ, если *нижележащій* владѣлецъ пріобрѣтетъ право устроен-

ною имъ для себя запрудою поднимать воду въ рѣкѣ и потоплять луга и пашни верхняго владѣльца, то въ этомъ случаѣ выгода нижележащаго владѣльца превосходитъ выгоды собственника какъ таковаго, сводится не только къ праву на свое имущество, но оказывается и правомъ на чужое имущество.

То же самое слѣдуетъ сказать и о содержаніи 2 пункта 442 ст. Если владѣлецъ одного берега рѣки имѣетъ право требовать, чтобы хозяинъ противоположнаго берега не примыкалъ плотины къ его берегу, безъ его согласія, то требованіе это основано на томъ, что требующій отстраняетъ постороннее воздѣйствіе на свое имущество, т.-е. защищаетъ свое право собственности, а вовсе не простираетъ своихъ притязаній на имущество владѣльца противоположнаго берега. Но и здѣсь примыканіе плотины можетъ быть проявленіемъ права участія частнаго— не для того владѣльца, къ берегу котораго примкнута плотина, а для того, которому принадлежитъ мельничное строеніе, потому что послѣдній для осуществленія своего права собственности оказывается вынужденнымъ воздѣйствовать и на противоположный берегъ: владѣльцу мельницы принадлежитъ въ этомъ случаѣ право на ту выгоду, какую можетъ приносить владѣльцу противоположнаго берега его право собственности,—а эта выгода можетъ быть оцѣнена на деньги и выразится въ условленномъ сторонами эквивалентѣ (ст. 443).

Проявленіе права собственности, со стороны владѣльца воспрещающаго, а не какого-либо права участія обнаруживается изъ текста 238 ст. гл. X Уложенія.

„А будетъ кто помѣщикъ или вотчинникъ захочетъ у себя въ помѣстьѣ или въ вотчинѣ на рѣкѣ плотину сдѣлати, и мельницу устроити вновь, а береги оба тоя рѣки будутъ его, а выше тоя плотины у иныхъ помѣщиковъ и у вотчинниковъ на той же рѣкѣ старыхъ мельницъ и пашенныхъ земель и сѣнныхъ покосовъ близко береговъ тоя мельницы не будетъ, или и будетъ, да отъ тоя новыя запрудныя воды тѣмъ верхнимъ мельницамъ и пашнямъ и сѣннымъ покосамъ никакія порухи не будетъ, и ему та мельница вновь строити вольно".

„А будетъ на той же рѣкѣ выше того у кого у иного устроены мельницы изстари, или близко береговъ той рѣки подошли чьи пашенныя земли, или сѣнные покосы,

а отъ тоя его новозапрудной земли тѣмъ прежнимъ мельницамъ и пашнямъ и сѣннымъ покосамъ будетъ поруха, и ему на той рѣкѣ вновь плотины не дѣлати и мельницы не строити. „А будетъ онъ на томъ мѣстѣ мельницу устроитъ насильствомъ и запрудною водою чьи верхнія мельницы, или пашни или сѣнные покосы потопитъ, и отъ того его насильства учинитъ кому какіе убытки, и въ томъ на него будутъ челобитчики, и съ суда сыщется про то допряма и ему велѣть воду опустити, чтобы верхнимъ мельницамъ и пашнямъ и сѣннымъ покосамъ порухи не было; а что онъ кому тою новою мельницею учинитъ какихъ убытковъ, и тѣ убытки по сыску велѣть на немъ доправити и отдать истцомъ сполна".

„А будетъ онъ тоя мельницы плотину приведетъ къ чужему берегу, и будутъ на него о томъ челобитчики же, и ему велѣть тое плотину отъ чужаго берега отрыти, и впредъ ему тоя плотины къ чужему берегу дѣлати не велѣть".

Въ ст. 442 Свода Зак. Гражд., какъ и въ 238 ст. X гл. Улож., разсматриваются отношенія двоякаго рода: 1) между верхнимъ и нижнимъ владѣльцемъ и 2) между владѣльцами противоположныхъ береговъ рѣки. Несмотря на неудачную редакцію ст. 442, все же очевидно, что требованіе не примыкать плотины къ своему берегу можетъ исходить не отъ верхняго владѣльца, а только отъ владѣльца противоположнаго берега.

Итакъ, право участія частнаго можетъ возникнуть для владѣльца мельницы на чужую землю, подвергающуюся его воздѣйствію, но не для верхняго владѣльца на нижележащую землю.

— II. Вторую группу отношеній, подведенныхъ подъ понятіе правъ участія частнаго, составляютъ отношенія сосѣдскія.

Ст. 445. „Хозяинъ дома можетъ требовать:

1) чтобы сосѣдъ не пристроивалъ поварни и печи къ стѣнѣ его дома;

2) не лилъ воды и не сметалъ сора на домъ или дворъ его;

3) не дѣлалъ ската кровли своей на дворъ его, но обращалъ оный на свою сторону;

4) не дѣлалъ оконъ и дверей въ брандмауерѣ, отдѣляющемъ кровлю смежныхъ зданій".

Требованія, чтобы сосѣдъ не пристроивалъ поварни и печи къ стѣнѣ моего дома, не есть право участія частнаго; это только проявленіе моего права собственности, въ силу коего постороннее воздѣйствіе на мою постройку вызываетъ съ моей стороны actio negatoria. Не иное что какъ та же actio negatoria собственника есть его требованіе, чтобы сосѣдъ не лилъ воды и не сметалъ сора на домъ или дворъ его, не дѣлалъ ската кровли своей на дворъ его, но обращалъ оный на свою сторону, и не дѣлалъ оконъ и дверей въ брандмауерѣ. Эти требованія собственника, представляющія воспроизведеніе соотвѣтствующихъ статей Уложенія и позднѣйшихъ узаконеній, при извѣстной комбинаціи отношеній между сосѣдями, создаютъ почву для правъ участія частнаго.

Такъ, если бы сосѣдъ пріобрѣлъ право пристроить поварню или печь къ стѣнѣ моего дома, а я вынужденъ былъ бы терпѣть это, то для моего сосѣда возникло бы право участія частнаго на мое имущество, такъ какъ имущественная сфера моего сосѣда расширилась бы на счетъ моей имущественной сферы. Еще явственнѣе такое соотношеніе между двумя имущественными сферами обнаружилось бы въ томъ случаѣ, если бы мой сосѣдъ пріобрѣлъ право лить воду и сметать соръ на мой домъ или дворъ, или, въ этихъ цѣляхъ, имѣлъ бы право обратить скатъ своей кровли на мой дворъ: тогда сосѣдъ пріобрѣлъ бы для себя выгоды, соотвѣтствующія невыгодамъ на моей сторонѣ. Равнымъ образомъ, если бы сосѣдъ, вопреки содержанія 4 п. 445 ст., пріобрѣлъ бы право сдѣлать окна и двери въ брандмауерѣ, то я лишенъ былъ бы права требовать, осуществляя свое право собственности, закрытія этихъ оконъ и дверей: значитъ, его праву участія частнаго соотвѣтствовало бы стѣсненіе моей собственности.

Если содержаніе ст. 445 и заимствовано изъ отечественныхъ законодательныхъ актовъ, то отнесеніе перечисленныхъ здѣсь требованій къ категоріи правъ участія частнаго является, повидимому, результатомъ подражанія кодексу Наполеона, гдѣ имѣются слѣдующія соотвѣтствующія нашимъ стт. 432 и 433 гл. Хч.I постановленія:

Art. 649. Les servitudes établies par la loi ont pour objet ou l'utilité publique, ou communale, ou l'utilité des particuliers.

Art. 651. La loi assujettit les propriétaires à différentes obligations l'un a l'égard de l'autre, indépendamment de toute convention.

Art. 652. Partie de ces obligations est réglée par les lois sur la police rurale.

Les autres sont relatives au mur et au fossé mitoyens au cas où il y a lieu à contre-mur, aux *vues sur la propriété du voisin, à l'égout des toits, au droit de passage.*

Въ заимствованную изъ французскаго кодекса систему облечено содержаніе стт. 278 и 279 гл. X Уложенія:

„Также и печи и поварни на дворѣ къ стѣнѣ сосѣда своего никому не дѣлати..."

„А будетъ у кого на дворѣ будутъ хоромы высокія, а у сосѣда его близко тѣхъ высокихъ хоромъ будутъ хоромы поземныя, и ему изъ своихъ высокихъ хоромъ на тѣ низкія хоромы сосѣда воды не лить и сору не метать, и иныя ни которыя тѣсноты тому своему сосѣду не дѣлать..."

Санкціей этихъ воспрещеній является возможность снесенія причиняющихъ вредъ строеній,—слѣдовательно предусмотрѣнныя въ 1—3 пунктахъ ст. 445 дѣйствія моего сосѣда недопустимы, какъ нарушающія мои интересы. На этой же точкѣ зрѣнія стоитъ и французскій кодексъ:

Art. 640... Le propriétaire inferieur ne peut point élever de digue qui empêche cet écoulement.

Art. 674. Celui qui veut construire (près d'un mur mitoyen ou non) cheminée ou âtre, forge, four ou fourneau... est obligé à laisser la distance prescrite par les réglements et usages particuliers sur ces objets, ou à faire les ouvrages prescrits par les mêmes reglements et usages, pour eviter de nuire au voisin.

Art. 681. Tout propriétaire doit établir des toits de manière que les eaux pluviales s'écoulent sur son terrain ou sur la voie publique; il ne peut les faire verser sur le fonds de son voisin.

Art. 675. L'un des voisins ne peut, sans le consentement de l'autre, pratiquer dans le mur mitoyen aucune fenêtre ou ouverture, en quelque manière que ce soit, même à verre dormant.

Впрочемъ, еще раньше въ Preussisches Landrecht были формулированы подобныя же постановленія:

I, VIII. Tit. § 133. Back,—Brenn—oder Schmelz-Oefen und Feuerheerde, können an der gemeinschaftlichen, oder dem Nachbar gehörenden Scheidewand, ohne desselben Bewilligung, nicht angelegt werden.

I, VIII, § 189. Wer ein Gebäude an der Gränze aufführt, darf, in so fern er nicht ein besonderes Recht dazu erworben hat, die Dachtraufe weder auf des Nachbars Grund und Boden, noch über denselben hinweg leiten.

III. Относительно дороги Сводъ законовъ воспользовался изъ межевого законодательства слѣдующими положеніями:

(Ст. 448) „Владѣлецъ, пользующійся землями и промыслами въ казенныхъ и частныхъ дачахъ, имѣетъ право проходить и проѣзжать по онымъ".

(Ст. 449) „Малыя дороги для проѣздовъ владѣльцевъ и поселянъ чрезъ постороннія дачи на отхожія пашни, сѣнные покосы, въ лѣса и другія угодья, для прогона скота и къ рѣкамъ для водопоя, должны быть шириною въ три сажени".

(Ст. 458) „Гдѣ дорогъ нѣтъ, тамъ назначать оныя вновь такой же ширины (ст. 449), не занимая однако же усадебныхъ мѣстъ и не повреждая никакихъ строеній".

Хотя эти статьи и основаны на инструкціяхъ землемѣрамъ (1766 г. февр. 13), межевымъ губернскимъ канцеляріямъ и провинціальнымъ конторамъ (1766 г. мая 25) и межевой конторы для губ. Могилевской и Полоцкой (1783 г. генв. 30), однако сходство ихъ съ соотвѣтствующими постановленіями кодекса Наполеона не можетъ подлежать сомнѣнію:

Art. 683. Le passage doit régulierement être pris du côté ou le trajet est le plus court du fonds enclavé à la voie publique.

Art. 684. Néanmoins il doit être fixé dans l'endroit le moins dommageable à celui, sur le fonds duquel il est accordé.

Сопоставленіе стт. 442, 445, 449—451 т. X ч. I приводитъ къ заключенію, что наши „права участія частнаго" суть ничто иное, какъ Dienstbarkeiten Прусскаго и Австрійскаго уложеній и Servitudes Наполеонова кодекса. Въ распоряженіи составителей Свода законовъ не было термина, соотвѣтствующаго указаннымъ ино-

страннымъ терминамъ, и потому, очевидно, взяли описательное выраженіе—право участія частнаго, какъ видъ права посторонняго участія въ выгодахъ чужого имущества, сохранивъ терминъ „право угодій въ чужихъ имуществахъ“ только для пользованія лѣсами по праву въѣзда и для пользованія звѣриными и другими промыслами.

Если „право участія частнаго“ соотвѣтствуетъ „сервитуту“, то спрашивается, — кромѣ тѣхъ правъ участія частнаго, которыя перечислены въ стт. 442—451, возможны ли еще другіе виды этихъ правъ? И этотъ вопросъ слѣдуетъ разрѣшить въ утвердительномъ смыслѣ: возможны всѣ предіальные сервитуты, какъ результатъ въ установленной формѣ совершаемыхъ опредѣленій частной воли, а не какъ непосредственный результатъ опредѣленій закона.

Права участія частнаго суть права на пользованіе выгодами чужого имущества: значитъ, гдѣ нѣтъ пользованія выгодами чужого имущества, тамъ нѣтъ и права участія частнаго, какъ права на служащую чужую вещь, какъ сервитутнаго права. Значитъ, далѣе, если стт. 442—451 и носятъ общее заглавіе „Право участія частнаго“, то здѣсь, въ сущности, указывается только матеріалъ, который, при извѣстныхъ комбинаціяхъ, можетъ дать содержаніе отдѣльнымъ видамъ права участія частнаго.

Поэтому, когда 5 п. 29 ст. Уст. гр. суд. говоритъ объ „искахъ о правѣ участія частнаго“ (со ссылкой на ст. 442, 445—451), то это наименованіе исковъ ничего еще не говоритъ о ихъ содержаніи, а указываетъ лишь въ общихъ чертахъ сферу своеобразныхъ исковъ, предъявленіе коихъ возможно тогда, когда со времени нарушенія права прошло не болѣе года.

Каково же содержаніе этихъ исковъ? что является цѣлью иска о правѣ участія частнаго? при какихъ условіяхъ можетъ быть предъявленъ такой искъ? — вотъ вопросы, которые неизбѣжно встаютъ предъ юристомъ, когда онъ намѣренъ изслѣдовать 5 п. 29 ст. Уст. гр. суд. И прежде, чѣмъ отвѣтить на эти вопросы, необходимымъ является разрѣшить вопросъ — что же такое право участія частнаго?

Въ рѣш. 1881 г. № 84 указано, что „въ нашихъ законахъ гражданскихъ не содержится точнаго опредѣ-

ленія того, что слѣдуетъ разумѣть подъ правомъ участія частнаго". Въ виду этого Сенатъ признаетъ возможнымъ усматривать право участія частнаго и въ такихъ явленіяхъ, которыя подъ непосредственное содержаніе ст. 442 не подходятъ. Въ означенномъ рѣшеніи разсматривались вызвавшія предъявленіе иска слѣдующія фактическія обстоятельства. На рѣкѣ Воронежѣ существовала шлюзовая мельница, принадлежащая Воронежскому губернскому земству; выше этой мельницы отъ главнаго русла рѣки Воронежа отдѣляется небольшой протокъ, теряющійся въ болотахъ. Крестьянинъ Воронковъ, желая устроить мельницу на берегу протока, началъ копать канаву для соединенія нижняго теченія рѣки съ протокомъ. Исходя изъ того соображенія, что если Воронковъ достигнетъ своей цѣли, то теченіе изъ главнаго русла повернетъ въ рукавъ и вода въ главномъ руслѣ настолько уменьшится, что не въ состояніи будетъ приводить въ дѣйствіе шлюзовую мельницу, земство предъявило искъ къ Воронкову и просило мирового судью, согласно 5 п. 29 ст. Уст. гр. суд. и 442 ст. 1 ч. X т., обязать отвѣтчика зарыть уже прорытую часть канала и прекратить дальнѣйшее рытье его. Мировыя установленія признали, что Воронковъ нарушилъ принадлежащее земству право участія частнаго, а Пр. Сенату, въ виду кассаціонной жалобы Воронкова, пришлось остановиться на разъясненіи вопроса, примѣнима ли ст. 442 и къ тому случаю, когда новый владѣлецъ не поднимаетъ воду, а напротивъ, пользуясь описаннымъ обводнымъ каналомъ, усиливаетъ напоръ воды въ шлюзовой мельницѣ. Пр. Сенатъ этотъ вопросъ разрѣшилъ въ утвердительномъ смыслѣ, подвергнувъ истолкованію 442 ст., гдѣ говорится, что „владѣлецъ земель и покосовъ, вверху рѣки лежащихъ, имѣетъ право требовать: 1) чтобы сосѣдъ запрудами не поднималъ рѣчной воды и оною не потоплялъ его луговъ, пашней и не останавливалъ дѣйствія его мельницы, и 2) чтобы хозяинъ противоположнаго берега не примыкалъ плотины къ его берегу безъ его согласія". Сенатъ замѣчаетъ, что хотя начало 442 ст. касается владѣльцевъ земель и покосовъ *вверху* рѣки лежащихъ, но второй ея пунктъ не можетъ быть относимъ только къ симъ владѣльцамъ, а разумѣетъ вообще всѣхъ прибрежныхъ владѣльцевъ извѣстной рѣки, — „ибо нѣтъ основанія

признать, что законъ дозволялъ бы владѣльцамъ земель и покосовъ, *ниже* по рѣкѣ лежащихъ, право примычки плотины къ противоположному берегу безъ согласія хозяина онаго. Въ виду такого несоотвѣтствія второго пункта началу 442 ст. нельзя и первому ея пункту дать того значенія, чтобы онъ имѣлъ въ виду оградить только владѣльцевъ земель и покосовъ, вверху рѣки лежащихъ, отъ нарушеній ихъ правъ владѣльцами земель и покосовъ нижележащихъ, оставляя сихъ послѣднихъ безъ всякой защиты и охраненія по отношенію къ первымъ, но необходимо признать, что *вся 442 ст. имѣетъ предметомъ опредѣленіе правъ участія въ пользованіи рѣчною водою и берегами рѣки вообще всѣхъ прибрежныхъ владѣльцевъ.* Разсматривая эту статью съ этой точки зрѣнія, оказывается, что она предоставляетъ: во 1-хъ) владѣльцамъ земель и покосовъ, по несудоходнымъ рѣкамъ лежащихъ, право дѣлать запруды на рѣкѣ; во 2-хъ) что владѣльцы нижнихъ земель и покосовъ, дѣлая такія запруды, не вправѣ потоплять луговъ и пашней верхнихъ относительно ихъ владѣльцевъ и останавливать дѣйствіе принадлежащихъ этимъ послѣднимъ мельницъ, и въ 3-хъ) что для примычки плотины къ противоположному берегу рѣки, когда этотъ берегъ не принадлежитъ тому же владѣльцу, должно быть всякій разъ испрошено согласіе хозяина онаго. Если же всѣмъ прибрежнымъ владѣльцамъ несудоходныхъ рѣкъ принадлежитъ право дѣлать запруды при вышеозначенныхъ условіяхъ, то изъ сего несомнѣнно слѣдуетъ, что *верхніе по рѣкѣ владѣльцы не могутъ лишить нижележащихъ владѣльцевъ сего права по своему усмотрѣнію посредствомъ измѣненія естественнаго теченія рѣчной воды*, давая таковой произвольное направленіе. Конечно такіе верхніе владѣльцы, пока рѣка проходитъ по ихъ владѣнію, могутъ пользоваться водою для своихъ надобностей и цѣлей, слѣдовательно и отводить ее изъ настоящаго ея теченія, но подъ тѣмъ непремѣннымъ условіемъ, чтобы тамъ, гдѣ рѣка покидаетъ ихъ владѣнія, отведенная вода, исполнивъ свое назначеніе, снова была возвращена ея естественному ложу, и таковой отводъ воды во всякомъ случаѣ не нарушалъ бы какія-либо постороннія права. Въ такомъ смыслѣ уже высказался Пр. Сенатъ по поводу толкованія 424 ст. т. X ч. 1 въ рѣшеніи по дѣлу крестьянъ слоб. Елшанки

№ 332—1875 г., признавъ, что „пользованіе рѣкою, протекающею по дачамъ нѣсколькихъ владѣльцевъ, принадлежитъ каждому изъ нихъ настолько, насколько это пользованіе не противорѣчитъ праву пользованія другого тою же рѣкою, почему верхній владѣлецъ рѣки не въ правѣ отводить воду изъ ея русла и дѣлать на рѣкѣ перепруду и тѣмъ лишать нижняго владѣльца права пользованія рѣкою въ предѣлахъ его владѣнія". Подобное стѣсненіе *верхнихъ* владѣльцевъ въ пользованіи рѣчною водою *тѣмъ самымъ* устанавливаетъ *нижнимъ* ихъ сосѣдямъ *право участія частнаго въ выгодахъ ихъ*, верхнихъ владѣльцевъ, имущества. Изъясняя въ настоящемъ смыслѣ ст. 442 зак. гр., *за нижнимъ по рѣкѣ владѣльцемъ слѣдуетъ признать право воспрепятствовать верхнему владѣльцу производить такія работы и сооруженія, которыя направлены къ отводу воды изъ ея естественнаго теченія и къ отнятію у работъ и сооруженій, сдѣланныхъ до того имъ, нижнимъ по теченію рѣки владѣльцемъ, всякаго или хотя только нѣкоторой части полезнаго ихъ дѣйствія.* Съ этой точки зрѣнія искъ, имѣющій предметомъ остановить верхняго владѣльца отъ предпринятыхъ имъ въ указываемомъ направленіи дѣйствій и о приведеніи сдѣланныхъ уже имъ для того работъ въ прежній видъ, долженъ быть признанъ принадлежащимъ къ числу *исковъ о возстановленіи права участія частнаго*".

Изъ приведеннаго рѣшенія явствуетъ, что Пр. Сенатъ признаетъ и такія права участія частнаго, о которыхъ въ стт. 442—451 не говорится. Слѣдовательно, если „права участія частнаго" — это тѣ права, которыя перечислены въ стт. 442—451, а также и такія, о которыхъ можно говорить лишь по аналогіи, то теоретическія положенія о сервитутахъ[1]) могутъ ли имѣть примѣненіе къ

---

[1]) Въ нашей юридической литературѣ вопросъ о правѣ участія частнаго не вызвалъ монографической обработки; въ существующихъ же курсахъ гражданскаго права изложеніе вопросовъ, касающихся правъ участія частнаго представляетъ собою не болѣе какъ воспроизведеніе соотвѣтствующихъ статей 1 ч. X. т. Въ Курсѣ Мейера говорится о правахъ участія частнаго со ссылкой на стт. 448, 451, 442 п. 1, 442 п. 2; 445, 446, 447. Проф. А. Х. Гольмстенъ прибавилъ еще ссылку на стт. 604 и 606 т. X ч. 1. Противорѣчія между опредѣленіемъ права участія частнаго въ ст. 433 и содержаніемъ статей 442—451 не отмѣчено. Побѣдоносцевъ (т. I § 58) разсматриваетъ право участія частн. съ точки зрѣнія огражденія права собственности въ томъ же порядкѣ, какъ объ этомъ говорится въ стт. 442—451. Съ этой же точки зрѣнія разсматриваются права участія частнаго и у Каведина,

изслѣдованію нашихъ правъ участія частнаго? Остается, значитъ, разсмотрѣть, какія юридическія отношенія признаются Пр. Сенатомъ за права участія частнаго, и какакова сущность каждаго изъ признаваемыхъ Пр. Сенатомъ видовъ сего права.

II.

Съ 1867 по 1910 г. въ сборникахъ рѣшеній Гр. Касс. Д-та содержится около 130 рѣшеній въ разъясненіе стт. 442—451 т. X ч. 1. Изъ нихъ болѣе третьей части (47) приходится на истолкованіе ст. 442, почти седьмая часть (19) на ст. 446, четвертая часть (34) на 5 п. 29 ст. Уст. гр. суд., почти шестая часть (20) на 448—451, всего 9 рѣшеній на 445, и 20 рѣшеній общаго характера относительно возникновенія и прекращенія права участія частнаго.

Обратимся къ обозрѣнію указанныхъ группъ рѣшеній, для выясненія сущности признаваемыхъ Пр. Сенатомъ видовъ права участія частнаго.

I. Первоначально Пр. Сенатъ не шелъ дальше „буквальнаго смысла ст. 442“ и училъ, что *только верхнему владѣльцу принадлежитъ право участія частнаго* на принадлежащую нижнему собственнику рѣку[1]).

Поэтому, когда Балбышевъ предъявилъ къ Меншуткину искъ въ с. 100 р. на томъ основаніи, что М., скопивши воду на своей плотинѣ, спустилъ ее ночью вдругъ, чѣмъ и повредилъ ниже лежащую плотину Б., и мировой съѣздъ этотъ искъ удовлетворилъ, то, по кассаціонной жалобѣ М., Пр. Сенатъ отмѣнилъ рѣшеніе съѣзда, „принявъ во вниманіе: во 1-хъ) что рѣшеніемъ съѣзда, съ одной стороны, установленъ по настоящему дѣлу тотъ фактъ, что поврежденіе плотины Балбышева, *по теченію*

Права и обязанности, стр. 106, 107. По взгляду Г. Ф. Шершеневича, Учебникъ гр. пр. § 19, „право участія частнаго могло бы быть названо съ большимъ успѣхомъ правомъ сосѣдства. Оно, въ противоположность сервитутамъ не даетъ сосѣдямъ никакихъ самостоятельныхъ правъ на чужой землѣ, а только стѣсняетъ собственника участка въ осуществленіи своего права.“ Анненковъ, Система II гл. 1 § 7, говоритъ о правахъ участія частнаго по поводу ограниченій права собственности. Дювернуа, Пособіе къ лекція 156 сл. признаетъ „технически очень удачнымъ терминомъ права участія частнаго и отождествляетъ ихъ съ „вещными сервитутами“. Л. А. Кассо, Поземельное право, также разсматриваетъ право уч. ч., какъ ограниченіе пр. собственности.

[1]) Рѣш. 1868 г. № 164 исходитъ изъ того положенія, что верхнему владѣльцу принадлежитъ право на искъ по 5 п. 29 ст. Зак. гр. суд.

рѣки лежащей, произошло отъ стремительнаго напора воды, скопленной Меншуткинымъ при своей плотинѣ и спущенной имъ въ ночное время и безъ предупрежденія объ этомъ Балбышева; а съ другой, примѣнена къ дѣлу 442 ст. т. X ч. 1, содержащая въ себѣ правило, по которому владѣльцамъ земель, лежащихъ по теченію рѣки, запрещается запрудами поднимать рѣчную воду и оною потоплять луга и останавливать дѣйствіе мельницы владѣльцевъ земель, *въ верху рѣки лежащихъ*; и во 2-хъ) что такимъ образомъ дѣло сіе разрѣшено Съѣздомъ на основаніи закона, относящагося къ случаямъ, совершенно противоположнымъ факту, который установленъ Съѣздомъ въ этомъ дѣлѣ“ [1]).

Такое именно соотношеніе между верхнимъ и нижнимъ владѣльцами и то, что право участія частнаго принадлежитъ верхнему владѣльцу, подчеркивается цѣлымъ рядомъ рѣшеній [2]). Однако уже довольно рано Пр. Сенату пришлось отступить отъ буквальнаго смысла ст. 442 и признать, что воспрещеніе затоплять луга и пашни касается не только нижнихъ, но вообще смежныхъ прирѣчныхъ владѣльцевъ. Такъ, когда Съѣздъ удовлетворилъ искъ Мельникова къ Иванову, основанный на томъ, что послѣдній поднялъ рѣчную воду у своего конца плотины, вслѣдствіе чего произошла убыль воды на мельницѣ М. на противоположномъ берегу, то Пр. Сенатъ кассаціонную жалобу отвѣтчика И. оставилъ безъ послѣдствій, допустивъ впервые болѣе свободное толкованіе ст. 442. „Наши законы допускаютъ извѣстнаго рода ограниченіе правъ пользованія въ видахъ огражденія интересовъ частныхъ или общественныхъ. Къ числу такихъ ограниченій, установленныхъ съ цѣлью огражденія хозяйственныхъ интересовъ сосѣдей, относится воспрещеніе *прирѣчнымъ поземельнымъ владѣльцамъ* затоплять мельничными запрудами рѣчной воды въ верху рѣки лежащіе сосѣдніе пашни, луга и не останавливать дѣйствія ихъ мельницъ (ст. 442 т. X ч. 1). Независимо отъ сего, ст. 109 т. XII ч. 2, воспрещая на мельницахъ, устроенныхъ на общественныхъ поляхъ, накоплять воду

---

[1]) Рѣш. 1868 г. № 717.

[2]) Рѣш. 1869 г. № 597. 1871 г. № 210, 785, 1872 г. № 482, 1032, 1873 г. № 384, 1307, 1874 г. № 354, 1875 г. № 922, 1886 г. № 94, 1896 г. № 17.

противу опредѣленной высоты, возлагаетъ на отвѣтственность содержателей сихъ мельницъ вознаградить *смежныхъ владѣльцевъ* за вредъ и убытокъ, имъ чрезъ то причиненный“ [1]). И хотя въ рѣшеніи по дѣлу Мельникова съ Ивановымъ Пр. Сенатъ и замѣчаетъ, что ст. 442, предусматривающая отношеніе между верхнимъ и нижнимъ владѣльцами, не примѣнима къ спору между владѣльцами мельницъ на противоположныхъ концахъ одной и той же плотины, однако уже въ рѣшеніи по дѣлу крестьянъ с. Котякова съ Александровымъ о затопленіи послѣднимъ крестьянскаго выгона, Пр. Сенатъ высказалъ: „затопленіе луговъ или пашни по разуму ст. 442 т. X ч. 1 равносильно затопленію пастбища или мѣста прогона скота къ пастбищу; запрещеніе затоплять не только сосѣдніе луга и пашни, но и вообще угодья, заключается и въ ст. 109 т. XII ч. 2 (п. 6), которая, такимъ образомъ, дополняя постановленія, заключающіяся въ ст. 442 т. X ч. 1, убѣждаетъ, что по разуму этого закона одинаково воспрещается затопленіе какихъ бы то ни было владѣній, вверхъ отъ мельницы лежащихъ, и что ко всякому случаю затопленія отъ подъема мельничной воды лежащихъ вверху владѣній примѣнима 442 ст.“ [2]).

Вмѣсто „верхняго“ и „нижняго“ владѣльцевъ въ послѣдующихъ рѣшеніяхъ говорится уже о „сосѣдяхъ“ [3]) и свободнѣе истолковывается понятіе запруда, а именно нарушеніе права участія частнаго, предусматриваемаго въ 1 п. 442 ст., наблюдается не только въ томъ случаѣ, о которомъ говоритъ буква этого закона: „Къ числу права участія частнаго въ выгодахъ чужаго имущества, по ст. 442 т. X ч. 1, отнесено, между прочимъ, право требовать отъ сосѣда, чтобы онъ запрудами не поднималъ воды и тѣмъ не останавливалъ хода мельницы. Пріостановка хода мельницы можетъ произойти не отъ запруда, которымъ бы прекращалось ея дѣйствіе, но и отъ запруда дороги или брода, ведущихъ къ оной и, слѣдовательно, препятствующихъ подвозу къ мельницѣ нужнаго матеріала. На семъ основаніи статьями 506 и

---

[1]) Рѣш. 1870 г. № 1793.
[2]) Рѣш. 1872 г. № 482.
[3]) Рѣш. 1873 г. № 384: „По буквальному смыслу 442 ст. владѣлецъ въ правѣ требовать, чтобы подъемомъ рѣчной воды *сосѣдъ* не затоплялъ вообще его владѣній“...

507 уст. строит. ч. 1 т. XII, независимо отъ воспрещенія затоплять запрудами сосѣдственныхъ покосовъ и пашенъ (sic.), на обязанности владѣльца мельницы и плотины возложено не производить потопленія проѣзжихъ дорогъ и бродовъ". По силѣ изложенныхъ соображеній Правительствующій Сенатъ призналъ неправильнымъ заключеніе мирового съѣзда, что затопленіе брода, на пути къ мельницѣ, не составляетъ нарушенія права участія частнаго [1]).

Отъ примѣненія буквальнаго текста ст. 442 т. X. ч. I Правительствующій Сенатъ отказался въ извѣстномъ рѣшеніи по дѣлу Воронежскаго земства съ кр. Воронковымъ [2]), гдѣ, между прочимъ, призналъ: „за *нижнимъ* (!) по рѣкѣ владѣльцемъ слѣдуетъ признать право воспрепятствовать *верхнему* владѣльцу производить такія работы и сооруженія, которыя направлены къ отводу воды изъ ея естественнаго теченія и къ отнятію у работъ и сооруженій, сдѣланныхъ до того имъ, нижнимъ по теченію рѣки владѣльцемъ, всякаго или хотя только нѣкоторой части полезнаго ихъ дѣйствія. Съ этой точки зрѣнія искъ, имѣющій предметомъ остановить верхняго владѣльца отъ предпринятаго имъ въ указываемомъ направленіи дѣйствія и о приведеніи сдѣланныхъ уже имъ до того работъ въ прежній видъ долженъ быть признанъ принадлежащимъ къ числу исковъ о возстановленіи права участія частнаго".

Такимъ образомъ, практика Правительствующаго Сената, имѣя своею отправною точкой право верхняго владѣльца, — какъ объ этомъ и говоритъ законъ — постепенно признаетъ право участія частнаго и за обоими сосѣдями-владѣльцами на противоположныхъ берегахъ, и, наконецъ, усмотрѣно право участія частнаго въ направленіи діаметрально противоположномъ тому, о какомъ говоритъ законъ.

Придя къ этому выводу въ рѣшеніи 1881 г. № 84, Правительствующій Сенатъ въ позднѣйшихъ рѣшеніяхъ уже не отказывается отъ новаго взгляда [3]), противнаго тексту ст. 442, а останавливается только на вопросѣ:

---

[1]) Рѣш. 1875 г. № 753 (д. Герича съ Бруховецкимъ).
[2]) Рѣш. 1881 г. № 84.
[3]) Рѣш. 1901 г. № 70, 1902 г. № 126.

„какой подтопъ, произведенный владѣльцемъ земли, на рѣкѣ лежащей, чужихъ земель, по ст. 442 ч. 1 т. X, даетъ владѣльцамъ сихъ послѣднихъ право на предъявленіе требованія о пониженіи воды?“ [1]). Заключительный выводъ содержится въ рѣшеніи 1907 г. № 76: „Ст. 442 ч. 1 т. X и слѣд. и всѣ разъясняющія ихъ рѣшенія Правительствующаго Сената заключаютъ въ себѣ тотъ смыслъ, что *оба владѣльца* не должны причинять другъ другу убытковъ своими произвольными дѣйствіями по поднятію уровня воды въ рѣкѣ и во избѣжаніе ихъ обязаны не выходить изъ предѣловъ того фактическаго положенія, въ которомъ оба они находились до спорнаго момента“.

Если выводъ Правительствующаго Сената и не соотвѣтствуетъ содержанію 1 п. 442 ст., то онъ находится въ полномъ согласіи съ общимъ понятіемъ права участія частнаго, какъ права на выгоды чужого имущества.

Эта мѣрка не примѣнима ко 2 п. 442 ст., ибо если хозяинъ противоположнаго берега не можетъ примыкать своей плотины къ моему берегу, то въ этомъ случаѣ у меня нѣтъ права участія въ выгодахъ имущества моего сосѣда, и тѣмъ менѣе можетъ идти рѣчь о правѣ послѣдняго на участіе въ выгодахъ моего имѣнія.

Однако практика Правительствующаго Сената не возбуждаетъ никакихъ сомнѣній относительно права участія частнаго у владѣльца, воспрещающаго примыканіе плотины къ своему берегу.

Кр. Григорьевъ предъявилъ у мирового судьи искъ къ помѣщицѣ Саранчевой о взысканіи убытковъ за разрытіе отвѣтчицею примкнутой къ ея берегу плотины. Въ разъясненіе возникшаго по этому дѣлу спора о подсудности Правительствующій Сенатъ сослался на 5 п. 29 ст. Уст. гр. суд. и указалъ, что „пользованіе чужимъ берегомъ предусмотрѣно 442 ст. X т. ч. 1“ [2]).

Впрочемъ, въ рѣшеніи по д. Дедерко съ Хелковской [3]) Правительствующій Сенатъ призналъ, что право участія частнаго въ случаѣ, предусмотрѣнномъ во 2 п. 442 ст., существуетъ на сторонѣ лица, примкнувшаго

Юридическій факультетъ С.-Петербургскій государственный университетъ

[1]) Рѣш. 1885 г. № 34.
[2]) Рѣш. 1868 г. № 488.
[3]) Рѣш. 1874 г. № 27.

свою плотину къ моему берегу: „Правительствующій Сенатъ находитъ, что, по силѣ т. X ч. 1 ст. 442 владѣлецъ земель и покосовъ, въ верху рѣки лежащихъ, имѣетъ право требовать (п. 2), чтобы хозяинъ противоположнаго берега не примыкалъ плотины къ его берегу, *безъ его согласія*. На основаніи же 443 ст. всѣ мельницы, которыхъ плотины примкнуты къ берегамъ постороннихъ дачъ, должны быть оставляемы въ единственномъ владѣніи тѣхъ, въ дачахъ коихъ мельничное строеніе находится, а владѣльцамъ, городамъ и селеніямъ, къ берегамъ коихъ такія мельницы примкнуты, доставляли ту самую выгоду, какую они при построеніи тѣхъ мельницъ за примычку плотины получать условились и оную, не пропуская десятилѣтней давности, получали или отыскивали. *Точный смыслъ вышеприведенныхъ статей закона показываетъ, что для признанія существующимъ права частнаго участія въ пользованіи берегомъ посторонней дачи необходима наличность договора или добровольнаго соглашенія между собственниками противоположныхъ береговыхъ дачъ, о дозволеніи одному примкнуть плотину къ землѣ другого безвозмездно или за извѣстную плату*“.

Въ томъ же 1874 г. состоялось рѣшеніе Правительствующаго Сената по дѣлу князя Кочубея съ обществомъ поселянъ-собственниковъ колоніи Таловки объ отмычкѣ принадлежащей названному обществу мельничной плотины, примкнутой къ берегу, составляющему собственность князя Кочубея. Кн. Кочубей предъявилъ искъ къ обществу поселянъ о понужденіи общества снять мельничную плотину на томъ основаніи, что, хотя по договорамъ 1822 и 1847 гг. и было дозволено означенному обществу устроить упомянутую плотину на опредѣленный срокъ, но срокъ этотъ уже миновалъ. На этотъ разъ Правительствующій Сенатъ призналъ, что „изъ смысла ст. 443 ясно усматривается, что права владѣльца, къ берегу котораго примкнута плотина, въ отношеніи владѣльца мельницы, на противоположномъ берегу построенной, опредѣляются тѣмъ договоромъ, который былъ заключенъ между сими владѣльцами или ихъ праводателями при постройкѣ мельницы съ примыкающею къ чужому берегу плотиною. Этотъ выводъ совершенно согласенъ съ 2 п. 442 ст. т. X ч. I, въ которомъ сказано, что владѣлецъ земель и покосовъ, въ верху рѣки лежащихъ,

имѣетъ право требовать, чтобы хозяинъ противоположнаго берега не примыкалъ плотины къ его берегу безъ его согласія. Истецъ предъявилъ искъ въ настоящемъ дѣлѣ объ отмычкѣ мельничной плотины, примкнутой къ его берегу, на томъ основаніи, что срокъ договоровъ, на сей предметъ заключенныхъ, истекъ, и что онъ далѣе не желаетъ предоставить Таловскому обществу поселянъ-собственниковъ пользоваться его берегомъ“ [1]). Эти соображенія, на основаніи коихъ въ искѣ князю Кочубею было отказано, показываютъ, что Правительствующій Сенатъ право участія частнаго видитъ на сторонѣ того владѣльца, къ берегу котораго примкнута плотина, а не на сторонѣ владѣльца мельницы.

Съ этой точки зрѣнія Правительствующій Сенатъ не считаетъ возможнымъ сойти и тогда, когда владѣлецъ берега, къ которому плотина примкнута, въ самомъ фактѣ примкнутія плотины усматриваетъ нарушеніе своего владѣнія со стороны владѣльца мельницы и плотины. Такъ, Рѣзвовъ просилъ мирсвого судью возстановить владѣніе его, нарушенное арендаторами казенной Фурмановецкой мельницы, Лернеромъ и Ваксомъ, устроившими плотину такъ, что она однимъ концомъ примыкаетъ къ его, Рѣзвова, землѣ. „Правительствующій Сенатъ нашелъ, что предметъ настоящаго дѣла составляло, какъ это признано въ рѣшеніи мирового съѣзда, примкнутіе арендаторомъ казенной мельницы плотины къ землѣ Рѣзвова, которое, по смыслу 442 ст. т. X. ч. 1, составляетъ одинъ изъ видовъ права участія частнаго (рѣш. гр. к. д-та Пр. С. 1869 г. № 925). Посему мировой съѣздъ, принявъ къ своему разсмотрѣнію настоящее дѣло, въ которомъ принимало участіе управленіе государственными имуществами Подольской губ., и которое не составляло упомянутаго въ 1 п. 31 ст. уст. гр. суд. иска о возстановленіи нарушеннаго владѣнія, а искъ о правѣ участія частнаго, допустилъ нарушеніе 2 п. 31 ст. гр. суд.“ [2]).

Вообще, „споры о запрудахъ рѣчной воды и о вредѣ, наносимомъ чрезъ то сосѣднимъ владѣльцамъ устройствомъ плотинъ и мельницъ, принадлежатъ къ случаямъ, упоминаемымъ въ 5 п. 29 ст. уст. гр. суд. и 442 т. X ч.

---

[1]) Рѣш. 1874 г. № 823.
[2]) Рѣш. 1875 г № 14.

1 [1]). „Если изъ этого тезиса кассаціонной практики можно было бы сдѣлать выводъ, что право участія частнаго признается за обѣими сторонами отношенія, предусмотрѣннаго во 2 п. 442 ст., т.-е. какъ за тѣмъ владѣльцемъ, которому принадлежитъ плотина, такъ и за тѣмъ, которому принадлежитъ берегъ, къ коему плотина примыкаетъ, то, при наличности нѣсколькихъ рѣшеній, говорящихъ о правѣ участія именно на сторонѣ владѣльца берега, въ рѣшеніи по дѣлу крестьянъ с. Ратьевки съ Вел. Кн. Алексѣемъ Александровичемъ Правительствующій Сенатъ снова возвращается къ единственно правильной точкѣ зрѣнія, признающей право участія частнаго за тѣмъ владѣльцемъ, которому предоставлено примкнуть плотину къ противоположному берегу. „Право участія частнаго было установлено договоромъ, въ силу котораго истцы обязаны допускать устройство и поддержаніе плотины, примкнутой къ ихъ берегу (2 п 442 ст.), и предѣлы этого права, ограничивающаго право собственности истцовъ на ихъ землю, должны опредѣляться исключительно состоявшимся между сторонами договорнымъ соглашеніемъ (рѣш. 1876 г. № 152, 1883 г. № 119, 1893 г № 70 и др.). Въ нашихъ законахъ нѣтъ особыхъ постановленій, опредѣляющихъ взаимныя отношенія собственника къ лицу, пользующемуся правомъ участія частнаго. Тѣмъ не менѣе, по самому существу этихъ отношеній не можетъ быть сомнѣнія въ томъ, что пользующійся такимъ правомъ уполномоченъ къ совершенію всего того, что необходимо для его осуществленія. Въ примѣненіи къ праву отвѣтчика по настоящему дѣлу, это общее положеніе обязываетъ истцовъ допускать отвѣтчика къ безпрепятственному совершенію на ихъ землѣ всѣхъ дѣйствій, необходимыхъ для сохраненія, поддержанія и укрѣпленія въ случаѣ надобности, той плотины, относительно которой состоялось соглашеніе“. [2]).

Совокупность толкованій Правительствующаго Сената, послѣдовавшихъ въ разъясненіе смысла ст. 442 т. X ч. 1, приводитъ къ заключенію, что въ глазахъ кассаціонной практики право участія частнаго принадлежитъ не од-

---

[1]) Рѣш. 1875 г. № 105 (дѣло Абрамычева съ крестьянами д. Б. Щеглы).
[2]) Рѣш. 1903 г. № 27.

ному лишь верхнему владѣльцу, но и нижнему, а также обоимъ противоположнымъ владѣльцамъ.

II. Вторую группу толкованій составляютъ тѣ, которыя преподаны Правительствующимъ Сенатомъ въ разъясненіе стт. 445, 446 и 447 и касаются правъ участія частнаго связанныхъ съ усадебными постройками.

И здѣсь, какъ и въ разъясненіяхъ 442 ст., Правительствующій Сенатъ право участія частнаго видитъ на сторонѣ того владѣльца, который заявляетъ требованія объ устраненіи посторонняго воздѣйствія на свое недвижимое имущество. „Право собственности на недвижимое имущество сопровождается извѣстными, опредѣленнымъ закономъ, ограниченіями. Эти ограниченія права собственности правомъ участія частнаго установлены, между прочимъ, съ цѣлью устраненія нарушеній чужой сосѣдней собственности и огражденія ея отъ пожара или отъ стѣсненій въ хозяйственныхъ распоряженіяхъ. Такимъ образомъ законъ предоставляетъ владѣльцу земель, въ верху рѣки лежащихъ, требовать, чтобы сосѣдъ поднятіемъ или запрудою рѣчной воды не затоплялъ его полей, луговъ и не пріостанавливалъ дѣйствіе его мельницы, чтобы сосѣдъ не пристраивалъ къ стѣнѣ его дома поварни и печей, не дѣлалъ оконъ и дверей въ брандмауерѣ, отдѣляющемъ кровлю сосѣднихъ зданій и т. п. (442, 444—451 т. X ч. 1)“ [1]) Правительствующій Сенатъ признаетъ за проявленія права участія частнаго то, что въ сущности, является выраженіемъ негативной стороны права собственности: собственнику воспрещающему принадлежитъ право участія частнаго по взгляду Правительствующаго Сената, оправдываемому только занимаемымъ ст. 445 мѣстомъ. Бродскій требовалъ, чтобы Бренеръ принялъ пристроенную имъ къ стѣнѣ Бродскаго кузницу. И Правительствующій Сенатъ разъяснилъ: „требованіе Бродскаго, по содержанію своему и по опредѣленію закона, на которомъ оно основано, заключаетъ въ себѣ искъ о правѣ участія частнаго, такъ какъ приведенная имъ 445 ст. помѣщена во гл. 2 разд. II т. X, въ отдѣлѣ озаглавленномъ: „право участія частнаго“ [2]).

---

[1]) Рѣш. 1871 г. № 236 (д. Обрѣзкова съ Яковлевымъ), 1873 г. № 507, (д. Обрѣзкова съ Яковлевымъ), 1874 г. № 443.

[2]) Рѣш. 1874 г. № 673 (д. Бродскаго съ Бреперомъ).

Такого же рода соображенія объ основаніяхъ признанія права участія частнаго заключаются въ рѣшеніи по дѣлу Смѣлковой съ Гродненской городской управой: „въ данномъ дѣлѣ разрѣшенію съѣзда подлежало исковое требованіе Смѣлковой о закрытіи отвѣтчикомъ, собственникомъ сосѣдняго казарменнаго зданія, выходящихъ на дворъ ея оконъ и объ устройствѣ ската крыши въ означенномъ зданіи на свой дворъ, т.-е. о такомъ предметѣ, который, по стт. 445, 446 и 447 X т. 1 ч., составляетъ одинъ изъ видовъ права участія частнаго (рѣш. 1878 г. № 268)“ [1]). Мотивы установленія правъ участія частнаго Правительствующій Сенатъ видитъ въ слѣдующемъ: „Изъ смысла стт. 442—451 т. X ч. 1 оказывается, что законъ ограничиваетъ право собственности правами участія частнаго, установляя ихъ въ пользу сосѣдей недвижимыхъ имуществъ, ибо въ нѣкоторыхъ случаяхъ собственникъ недвижимаго участка не иначе можетъ извлекать изъ него пользу, *осуществляя свое право собственности* какъ съ ограниченіемъ права собственности сосѣда“ [2]).

Казалось бы, что при такомъ объясненіи установленія права участія частнаго всякій собственникъ зданія, которое подвергается воздѣйствію сосѣда, можетъ защищаться, искомъ, о правѣ участія частнаго. Но въ рѣшеніи по дѣлу Скородикъ съ Квокомъ [3]) Правительствующій Сенатъ говоритъ совсѣмъ иное. Мѣщанка Скородикъ, утверждая, что отвѣтчикъ Квокъ пристроилъ къ ея забору каморку, обративъ часть забора въ одну изъ стѣнокъ каморки, просила объ уничтоженія возведенной при заборѣ постройки. При производствѣ дѣла возникло сомнѣніе, является ли искъ Скородикъ искомъ о возстановленіи нарушеннаго владѣнія, или искомъ о правѣ участія частнаго. Правительствующій Сенатъ призналъ, „что требованіе о прекращеніи пользованія (заборомъ) сосѣдомъ никакъ не можетъ быть заявлено въ порядкѣ установленномъ 5 п. 29 ст. Уст. гр. суд., для исковъ о правѣ участія частнаго, потому что эти иски могутъ

---

[1]) Рѣш. 1889 г. № 91.

[2]) Рѣш. 1878 № 780 (г. Лопудева съ Болмосовымъ) 1881 г. № 173 (д. Котрановой съ Фадѣевой), 1905 г. № 38 (Молошниковой съ Фокинымъ).

[3]) Рѣш. 1892 г. № 92.

быть предъявлены только такими лицами, которыя въ тѣхъ или другихъ предѣлахъ (ст. 442 и послѣд. ст. 1 ч. X т.) пользовались или считаютъ себя въ правѣ пользоваться правомъ участія частнаго, и къ осуществленію котораго они встрѣчаютъ препятствія со стороны собственника имѣнія. Этотъ послѣдній, въ дѣлахъ сего рода, можетъ являться лишь въ качествѣ отвѣтчика, потому что правонарушенія, предусмотрѣннаго 5 п. 29 ст. въ отношеніи къ собственнику имѣнія, со стороны лица посторонняго послѣдовать не можетъ; въ свою очередь собственникъ, владѣя имѣніемъ по праву собственности, въ случаѣ нарушенія его владѣнія какимъ-либо дѣйствіемъ можетъ свое владѣніе оградить только искомъ о возстановленіи владѣнія по 4 п. 29 ст. уст. гр. судопр.".

Съ точки зрѣнія общаго опредѣленія права участія частнаго такой выводъ Правительствующаго Сената представляется вполнѣ правильнымъ; но содержанію ст. 445 этотъ выводъ, конечно, противорѣчитъ, какъ противорѣчитъ и многочисленнымъ выше приведеннымъ рѣшеніямъ въ разъясненіе этого закона. Такимъ же противорѣчащимъ выводомъ оказывается и рѣшеніе Правительствующаго Сената 1900 г. № 57 по дѣлу Соколова съ Ивановымъ: „Такъ называемыя права участія частнаго, къ числу которыхъ относится и *право обращенія ската кровли на дворъ сосѣда*, установляется или закономъ или же силою договора."

Среди правъ участія частнаго, указанныхъ въ ст. 445, привлекли къ себѣ особенное вниманіе кассаціонной практики вопросы связанные съ обращеніемъ оконъ на сосѣднюю усадьбу. Самый текстъ ст. 446 не оставляетъ никакихъ сомнѣній въ томъ, что право участія частнаго имѣетъ въ данномъ случаѣ владѣлецъ того зданія, на межѣ съ сосѣдомъ находящагося, въ стѣнѣ котораго сдѣланы окна. Статья эта — позднѣйшаго происхожденія: она цѣнна для насъ въ томъ отношеніи, что указываетъ способъ обоснованія правъ участія частнаго, возникающихъ не изъ закона.

Этимъ закономъ опредѣляется право собственника воспрещать своему сосѣду въ возведенной послѣднимъ на самой межѣ стѣнѣ имѣть окна, обращенныя, слѣдовательно, на сосѣднюю чужую усадьбу. Очевидно, при отсутствіи въ стѣнѣ оконъ, нѣтъ и права участія част-

наго; при наличности же оконъ—право участія частнаго будетъ существовать только въ томъ случаѣ, когда на обращеніе оконъ послѣдовало разрѣшеніе со стороны сосѣда, въ установленной для сего формѣ. Ст. 446 предоставляетъ собственнику дома при извѣстныхъ условіяхъ обращать свои окна въ сосѣднюю усадьбу, но не даетъ ему какого-либо права на чужую усадьбу. „Ст. 447 X т. 1 ч., въ связи съ предыдущею ст. 446, очевидно предоставляетъ владѣльцу двора неотъемлемое право возводить постройки и на самой межѣ его двора, отдѣляющей его владѣніе отъ двора сосѣда, но ограничиваетъ лишь право его выводить окна на сосѣдній дворъ“ [1]). Требованіе собственника дома, уже имѣющаго окна на сосѣднюю площадь, о невозведеніи на этой площади постройки, которая могла бы закрыть окна, должно быть разсматриваемо какъ искъ о нарушеніи права участія частнаго, а не какъ искъ о возстановленіи нарушеннаго владѣнія. Такой взглядъ выраженъ Правительствующимъ Сенатомъ въ рѣшеніи по д. Стронина съ Добрыниной [2]), при наличности такой фактической обстановки. У Стронина былъ домъ, построенный на межѣ площади, принадлежавшей владѣлицѣ Добрыниной; послѣдняя приступила къ возведенію построекъ на своей площади: тогда Стронинъ предъявилъ искъ о воспрещеніи Добрыниной производить постройки, закрывающія окна и крыльцо сосѣда. Когда мировой съѣздъ къ разрѣшенію сего спора примѣнилъ 73 ст. уст. гр. суд., то Пр. Сенатъ разъяснилъ, что „законъ относящійся до возстановленія нарушеннаго владѣнія (73 ст. уст. гр. суд.) не можетъ разрѣшить существо искового требованія Стронина, заключающееся въ домогательствѣ воспретить Добрыниной начатую ею постройку, для открытія въ домѣ истца оконъ и крыльца, на чужой дворъ пущенныхъ (446 и 447 стт. X т. 1 ч.)“. Позднѣе, по дѣлу тѣхъ же тяжущихся Стронина и Добрыниной, Правительствующій Сенатъ разъяснилъ, что стт. 446 и 447 не примѣнимы къ тому случаю, когда постройки съ окнами выходятъ не на дворъ, а на площадь сосѣда [3]).

---

[1]) Рѣш. 1873 г. № 824 (д. Жамариной съ Громовымъ).
[2]) Рѣш. 1874 г. № 853.
[3]) Рѣш. 1878 г. № 103.

Право участія частнаго по ст. 446 принадлежитъ владѣльцу постройки съ окнами, на чужую усадьбу обращенными, а не владѣльцу усадьбы, куда обращены окна. Это выражено въ рѣшеніи по д. графа Тизенгаузена съ Сыркинымъ: „право участія частнаго подъ тѣмъ видомъ, который составляетъ предметъ данного спора, по самой природѣ своей заключается не въ томъ, тѣмъ или другимъ количествомъ свѣта владѣлецъ дома, построеннаго на межѣ сосѣдняго двора, можетъ пользоваться посредствомъ выходящихъ на этотъ дворъ оконъ, а въ томъ, насколько эти окна могутъ стѣснять право собственности сосѣда въ свободномъ пользованіи и распоряженіи своимъ дворомъ“ [1]). Объемъ такого права, создающаго ограниченіе права собственности сосѣда, опредѣляется ограничительнымъ закономъ, который посему и не подлежитъ распространительному толкованію: „одна возможность просвѣта (вида) на дворъ сосѣда не достаточна для признанія правъ его нарушенными“ [2]).

Ограничительное толкованіе ст. 446 отражается и на разрѣшеніи того казуистическаго вопроса,—при раздѣлѣ прежде единой усадьбы на части съ постройками на каждой изъ нихъ сохраняется ли за владѣльцемъ дома на межѣ право имѣть окна въ сторону другой части усадьбы обращенныя? „Немыслимо допустить, чтобы законъ отказывалъ въ своей охранѣ не самоуправно возникшему участію частному въ пользованіи и выгодахъ чужого имущества, и чтобы собственникъ, продавъ или инымъ способомъ уступивъ другому въ качествѣ жилого помѣщенія снабженный окнами домъ, могъ затѣмъ по своему произволу сдѣлать оный непригоднымъ для жилья, лишивъ его свѣта, возведеніемъ ли на оставшейся за нимъ части дворового мѣста зданія, заслоняющаго окна отчужденнаго дома, или же предъявленіемъ къ пріобрѣтателю требованія о задѣлкѣ оконъ въ пріобрѣтенномъ домѣ, какъ обращенныхъ на чужой дворъ“ [3]).

Послѣ того какъ право участія частнаго по ст. 446 вездѣ разсматривалось въ рѣшеніяхъ Правительствующаго Сената какъ право имѣть окна на сосѣднюю усадьбу,

---

[1]) Рѣш. 1878 г. № 268.
[2]) Рѣш. 1887 г. № 107 (д. Штеренцисъ съ Эйсмонтомъ).
[3]) Рѣш. 1889 г. № 40 (д. Лейбовой съ Ставро-Прагматевти).

представляется совершенно непонятнымъ, какъ это въ рѣшеніи по д. Смѣлковой съ Гродненской гор. управой [1]) признано, „что въ данномъ дѣлѣ разрѣшенію съѣзда подлежало исковое требованіе Смѣлковой о закрытіи отвѣтчикомъ, собственникомъ сосѣдняго построеннаго зданія выходящихъ на дворъ ея оконъ... т.-е. о такомъ предметѣ, который, по силѣ 445, 446 и 447 стт. X т. 1 ч., составляетъ одинъ изъ видовъ права участія частнаго“?

Впрочемъ, позднѣйшія рѣшенія [2]) имѣютъ въ виду, что право участія частнаго имѣетъ тотъ, кому предоставлено открыть въ своей стѣнѣ окна. Только въ рѣшеніи по дѣлу Федоровича съ Бѣльской [3]) мы снова встрѣчаемся съ тѣмъ взглядомъ, что право участія частнаго принадлежитъ сосѣду, воспрещающему открытіе оконъ въ стоящей на межѣ чужой стѣнѣ. Обстоятельства дѣла заключались въ томъ, что Федоровичъ въ стѣнѣ своего дома, на границѣ съ усадьбою Бѣльской, прорубилъ окно, вслѣдствіе чего Бѣльская требовала обязать отвѣтчика задѣлать окно. Въ рѣшеніи Правительствующаго Сената значится: „По настоящему дѣлу возбуждается вопросъ: требованіе о закрытіи по 446 ст. окна, сдѣланнаго въ стѣнѣ дома, находящагося на самой межѣ, является ли искомъ о возстановленіи нарушеннаго владѣнія по 4 п. 29 ст. уст. гр. суд., или искомъ о правѣ участія частнаго по 5 п. той же статьи?“ Установивъ противоположность между исками по 4 и 5 пунктамъ 29 ст. (о чемъ рѣчь будетъ ниже), Правительствующій Сенатъ говоритъ: „Къ искамъ, предусмотрѣннымъ 5 п. 29 ст., должно относиться основанное на 446 ст. 1 ч. X т. требованіе о закрытіи окна, сдѣланнаго сосѣдомъ въ стѣнѣ его дома, находящагося на межѣ съ усадьбой истца. Въ этомъ случаѣ фактическое владѣніе истца его собственнымъ имѣніемъ ничѣмъ не нарушено, такъ какъ оно простирается до стѣны и не распространяется на стѣну сосѣда - отвѣтчика; но хотя эта стѣна для истца чужая, онъ, въ силу 446 ст., имѣетъ право требовать, чтобы въ ней не было оконъ, обращенныхъ въ его сторону. Ссылка въ 5 п. 29 ст. уст.

---

[1]) Рѣш. 1888 г. № 91.
[2]) Рѣш. 1899 г. № 74.
[3]) Рѣш. 1890 г. № 107, 1893 г. № 90, 1894 г. № 107, 1895 г. № 64.

гр. суд. на законы, относящіеся къ праву участія частнаго и въ томъ числѣ на 446 ст., служитъ очевиднымъ (? подтвержденіемъ тому, что требованіе о закрытіи окна относится къ искамъ о правѣ участія частнаго, а не къ искамъ о возстановленіи нарушеннаго владѣнія".

Колебанія кассаціонной практики отразились въ новѣйшее время и на выясненіи самого существа предусматриваемаго въ стт. 446 и 447 права участія частнаго. Въ прежнее время не возникало сомнѣній по вопросу о томъ, что такое окно,—хотя ни законъ, ни практика не дѣлали между отдѣльными видами оконъ той разницы, какую проводитъ Code civil между jours и fenêtres. Но новѣйшія усовершенствованія строительныхъ матеріаловъ и именно изобрѣтеніе стеклянныхъ кирпичей выдвинули вопросъ о томъ, распространяется ли ст. 446 на тотъ случай, когда оконный пролетъ заложенъ пустотѣлымъ стекляннымъ кирпичомъ? Молошникова просила обязать сосѣда ея Фокина наглухо задѣлать кирпичомъ три окна, устроенныя имъ въ своемъ домѣ и выходящія на дворъ истицы. Отвѣтчикъ же Фокинъ просилъ въ искѣ отказать, такъ какъ онъ указанныя окна задѣлалъ стеклянными кирпичами, которые хотя и пропускаютъ свѣтъ, но чрезъ которые ничего не видно. На обсужденіе свое Правительствующій Сенатъ поставилъ слѣдующій вопросъ: „устроенные отвѣтчикомъ Фокинымъ въ каменной стѣнѣ своего дома, стоящей на межѣ двора истицы Молошниковой и называемые послѣднею окнами пролеты, заложенные стеклянными пустотѣлыми прозрачными кирпичами заподлицо съ кирпичною стѣною какъ съ наружной, такъ и внутренней стороны стѣны, при чемъ кирпичи эти хотя и пропускаютъ свѣтъ, но чрезъ нихъ ни на дворъ истицы ни съ ея двора ничего не видно, могутъ ли быть разсматриваемы какъ окна, обращеніе коихъ на дворъ сосѣда, безъ согласія на то послѣдняго, воспрещается 446 ст.?"

Не находя ни въ законахъ гражданскихъ ни въ уставѣ строительномъ указаній, что слѣдуетъ разумѣть подъ словомъ „окно", Правительствующій Сенатъ обращается къ опредѣленію понятія окна согласно тому смыслу, который придается ему въ общежитіи, и находитъ, что „подъ окномъ разумѣется отверстіе въ стѣнѣ— открытое или закрытое прозрачною преградой — устра-

иваемое съ цѣлью пользоваться чрезъ него воздухомъ и свѣтомъ и имѣть чрезъ него возможность прямого непосредственнаго сообщенія и возможность видѣть изнутри строенія наружу безразлично къ тому, какихъ размѣровъ будетъ это отверстіе и имѣетъ ли оно при этомъ еще особыя приспособленія для временнаго его закрытія въ родѣ ставней или дверей. Пользованіе чрезъ окно воздухомъ и свѣтомъ, въ одинаковой степени доступное вездѣ, всѣмъ и каждому, ни въ чемъ не можетъ нарушить правъ сосѣда на его имущество, а потому, очевидно, не эту цѣль устройства окна имѣлъ въ виду законъ, устанавливая обсуждаемое ограниченіе. Такими условіями, для устраненія коихъ законъ воспрещаетъ устраивать окна на дворъ сосѣда, слѣдуетъ признать: возможность чрезъ окно имѣть прямое непосредственное сообщеніе съ дворомъ сосѣда и возможность видѣть его дворъ... Установивъ, что устроенные отвѣтчикомъ пролеты не даютъ возможности имѣть видъ на дворъ истицы, мировой съѣздъ имѣлъ правильное основаніе не признать означенные пролеты за окна, устройство коихъ только на дворъ сосѣда, безъ его согласія, воспрещается 446 ст., и въ искѣ Молошниковой отказать“ [1]).

Обозрѣніе рѣшеній, состоявшихся въ разъясненіи ст. 445, 446 и 447 т. X ч. 1, приводитъ къ заключенію, что практика Правительствующаго Сената не выяснила, что именно слѣдуетъ разумѣть подъ правомъ участія частнаго въ области сосѣдскихъ отношеній, хотя для выясненія этого понятія Правительствующій Сенатъ и обращается обыкновенно къ „точному смыслу стт. 442—451“. Однако „точный смыслъ“ не всегда оказывается одинаковымъ въ толкованіяхъ кассаціонной практики даже и при изслѣдованіи ст. 446.

III. Послѣдняя тема въ правахъ участія частнаго— это право на дорогу для сообщенія со своими землями и промыслами въ чужихъ дачахъ. Владѣлецъ промысла имѣетъ это право участія частнаго въ смыслѣ пользованія дорогой, черезъ чужую землю пролегающею. „448 ст. X т. 1 ч. относится къ владѣльцамъ, кои пользуются землями и промыслами въ дачахъ другихъ владѣльцевъ,

---

[1]) Рѣш. 1905 г. № 38 (Молошниковой съ Фокинымъ).

крестьяне же д. Заколья суть арендаторы земли у помѣщика Крекшина, владѣнія котораго окружаютъ землю Миллера со всѣхъ сторонъ, и, слѣдовательно, въ данномъ случаѣ къ правамъ крестьянъ никакъ не можетъ быть примѣнено дѣйствіе помянутой статьи“ [1]).

Относительно права участія частнаго по ст. 448 въ практикѣ Пр. Сената не встрѣчается сомнѣній: право участія частнаго принадлежитъ тому, кто можетъ требовать дороги, а не тому, кто обязанъ дорогу предоставить. „...Въ настоящемъ дѣлѣ шелъ споръ не о правѣ С. распоряжаться своею собственностью, а о правѣ его пользоваться участіемъ въ имуществѣ другого лица, а именно о правѣ его имѣть, чрезъ означенныя ворота и калитки, а равно и мосты, выходъ на землю, по собственному его объясненію, ему не принадлежащую: слѣдовательно, вопросъ шелъ о правѣ участія частнаго“.[2])— Истецъ Абрамовичъ просилъ возстановить его право проѣзда отъ его усадьбы къ водопою и полю чрезъ дачу Бубнова, объясняя, что Б. перекопалъ дорогу, сто лѣтъ существующую; отвѣтчикъ возражалъ, что по плану дороги къ его дачѣ не показано и что этой дорогой около года никто не пользовался. Съѣздъ нашелъ, что Б. предъявилъ споръ о правѣ собственности на эту землю, гдѣ проходила дорога, и потому призналъ дѣло себѣ не подсуднымъ. Пр. Сенатъ призналъ, „что искъ Абрамовича о возстановленія ему проѣзда изъ его усадьбы чрезъ дачу отвѣтчика къ водопою и полю по существу своему составлялъ не требованіе о признаніи за нимъ права собственности на дорогу, пролегающую въ имѣніи отвѣтчика, и не споръ противъ права собственности отвѣтчика на это имѣніе, а лишь требованіе о возстановленіи нарушеннаго права участія истца въ пользованіи имуществомъ отвѣтчика“[3]).

Для того, однако, чтобы имѣть право требовать дороги, нужно, чтобы дорога эта была необходимой. „...По праву участія частнаго (стт. 448—450 т. X. ч. I) владѣлецъ, пользующійся землею и промыслами въ казенныхъ и частныхъ дачахъ, можетъ требовать отъ сосѣднихъ

---

[1]) Рѣш. 1868 г. № 469.
[2]) Рѣш. 1869 г. № 514, 627.
[3]) Рѣш. 1874 г. № 380; 1875 г. № 137.

владѣльцевъ дать ему необходимую (слѣдовательно, когда другихъ дорогъ вовсе нѣтъ) дорогу для прохода и проѣзда въ тѣ дачи по устроеннымъ на ихъ земляхъ малымъ дорогамъ (449 ст.), или буде таковыхъ дорогъ нѣтъ, требовать назначенія ихъ вновь“[1]). Въ рѣшеніи же по д. Добрякова съ Суриной[2]) разъяснено, что „при разрѣшеніи мировыми судебными установленіями споровъ о правѣ участія частнаго въ пользованіи дорогою, проложенною на чужой землѣ, недостаточно для признанія за тяжущимися подобнаго права установленія того обстоятельства, что дорога дѣйствительно существовала съ давняго времени, а необходимо, чтобы судомъ было признано, что означенная дорога учреждена надлежащею властью и показана на планѣ генеральнаго или спеціальнаго межеванія (ст. 523 т. XII уст. пут. сообщ.), или что дорога эта необходима, какъ единственный проѣздъ въ извѣстную дачу“.

Такъ какъ право участія частнаго непремѣнно создаетъ ограниченіе для того собственника, на имущество коего это право распространяется, то управомоченное лицо не можетъ простирать моихъ притязаній далѣе тѣхъ предѣловъ, какіе установлены въ законѣ. „Посему устройство постороннимъ лицомъ на проселочной (ст. 449 т. X ч. I и рѣш. 1884 г. № 76) дорогѣ какихъ-либо постоянныхъ сооруженій, если и можетъ имѣть мѣсто, то не иначе, какъ съ согласія на то собственника земли, по которой проходила дорога, и съ тѣмъ, чтобы такія сооруженія не препятствовали проходу и проѣзду всѣхъ и каждаго по дорогѣ“[3]).

Неудобство дороги чрезъ свою землю еще не создаетъ для владѣльца права требовать дороги отъ сосѣда. „Нигдѣ въ законахъ нашихъ не указано, чтобы владѣлецъ имѣлъ право требовать открытія дороги чрезъ земли сосѣда, коль скоро онъ можетъ проложить дорогу по своей землѣ, и вообще, по смыслу нашихъ законовъ, установленіе права прохода и проѣзда чрезъ посторонія земли должно быть обусловливаемо наименьшимъ стѣсненіемъ правъ собственности сосѣднихъ владѣльцевъ,

---

[1]) Рѣш. 1875 г. № 277 (д. Кононовича съ кр-нами дер. Скивнево).
[2]) Рѣш. 1875 г. № 567.
[3]) Рѣш. 1899 г. № 57 (д. Елачича съ Микулинымъ).

а то обстоятельство, что проложеніе дороги по своей землѣ можетъ оказаться соединеннымъ съ неудобствами или расходами, не можетъ служить основаніемъ къ признанію какого-либо права владѣльца на открытіе проѣзда чрезъ землю сосѣда, т.-е. чрезъ чужую землю. Посему слѣдуетъ придти къ заключенію, что предоставленіе, согласно 448 ст., права проѣзда чрезъ чужія земли недопустимо въ томъ случаѣ, когда владѣлецъ имѣетъ возможность устроить себѣ проѣздъ по своей землѣ“[1]).

Правило ст. 448 въ полной мѣрѣ распространяется и на тѣ случаи, когда дорога должна пройти чрезъ землю, принадлежащую желѣзной дорогѣ,—такъ какъ „никакого исключенія изъ общаго правила, при изданіи устава Росс. ж. д. 12 іюня 1885 г. не установлено и по отношенію къ желѣзной дорогѣ“[2]).

Разсмотрѣвъ три группы приведенныхъ выше рѣшеній, преподанныхъ въ разъясненіе стт. 442, 445 и 448, мы должны, естественно, задать себѣ вопросъ: признаетъ-ли кассаціонная практика, кромѣ указанныхъ въ законѣ правъ участія частнаго, еще и такія, о которыхъ въ означенныхъ статьяхъ I ч. X т. не говорится?

Въ рѣшеніи по д. крестьянъ дер. Слободки съ помѣщикомъ Бѣлинскимъ возникъ вопросъ, является-ли правомъ участія частнаго право крестьянъ пасти скотъ въ помѣщичьемъ лѣсу. Правительствующій Сенатъ, разрѣшая этотъ вопросъ въ смыслѣ отрицательномъ, высказалъ слѣдующее положеніе: „хотя просители и пріурочиваютъ настоящее дѣло къ 5 п. 29 ст., въ которомъ говорится о правѣ участія частнаго въ выгодахъ чужого имущества, но въ этомъ законѣ сдѣлана ссылка на ст. 442, 445—451 т. X ч. I, содержаніемъ которыхъ и исчерпывается тотъ отдѣлъ споровъ о недвижимости, который подлежитъ вѣдѣнію мирового суда по 5 п. 29 ст.“[3]) Если, руководствуясь этимъ тезисомъ кассаціонной практики, слѣдуетъ признать, что сверхъ правъ участія частнаго, въ стт. 442—451 перечисленныхъ, никакихъ иныхъ правъ участія частнаго и быть не можетъ, то съ этимъ положеніемъ никакъ нельзя примирить тѣ рѣшенія, въ

---

[1]) Рѣш. 1902 г. № 7 (д. Костюка съ Руссановскимъ).
[2]) Рѣш. 1902 г. № 114 (д. Сахновской съ Моск.-Кіево-Ворон. ж. д.).
[3]) Рѣш. 1890 г. № 106.

которыхъ разсматриваются отношенія, признаваемыя правами участія частнаго, но не подходящія подъ стт. 442—451. Такъ, слѣдуетъ припомнить рѣшеніе 1881 г. № 84, гдѣ Правительствующій Сенатъ, вопреки ст. 442, призналъ, что право участія частнаго можетъ имѣть и нижній владѣлецъ на верхнее теченіе рѣки, принадлежащее сосѣду. Затѣмъ, въ рѣшеніи по д. крестьянъ с. Почуекъ съ Логвинскимъ[1]) признано за право участія вовсе не предусмотрѣнное въ ст. 442—451 право пастьбы скота крестьянъ на помѣщичьихъ земляхъ—право толоки. „Введеніе въ нѣкоторыхъ неразмежеванныхъ имѣніяхъ Юго-Западнаго края, временно, общей для помѣщика и крестьянъ толоки на свободныхъ отъ засѣва земляхъ того и другихъ,—являясь ничѣмъ инымъ, какъ предоставленіемъ взаимнаго права пользованія крестьянамъ пастбищемъ помѣщика, а помѣщику—пастбищемъ крестьянъ,—должно, на основаніи 9 ст. уст. гр. суд., быть признано за установленіе въ означенной мѣстности такого права, которое, по существу своему, вполнѣ совпадаетъ съ разумѣемымъ въ приводимыхъ статьяхъ закона понятіемъ о правѣ участія частнаго въ пользованіи и выгодахъ чужого имущества. Съ другой стороны, невключеніе этого именно, установленнаго закономъ 4 апрѣля 1865 г., вида участія въ пользованіи чужимъ имуществомъ въ общій сводъ законовъ гражданскихъ и уставъ гражд. суд. объясняется—помимо временнаго характера сего закона, дѣйствующаго притомъ на пространствѣ весьма ограниченномъ,—еще и самою цѣлью, съ которою онъ изданъ и которая заключалась не въ томъ, чтобы изъять отношенія, этимъ закономъ установленныя изъ понятія о правѣ участія частнаго въ выгодахъ чужого имущества (значеніе каковаго права они имѣютъ по самому существу своему,—какъ то замѣчено выше), и не въ исключеніи споровъ по таковымъ отношеніямъ изъ подвѣдомственности мировымъ судебнымъ установленіямъ, которымъ подсудны всѣ основные виды означеннаго права, а только въ разъясненіи собственно того, что въ извѣстныхъ имѣніяхъ губерній Кіевской, Волынской и Подольской пастьба крестьянскаго скота на толокѣ помѣщика и по-

---

[1]) Рѣш. 1882 г. № 104.

мѣщичьяго на толокѣ крестьянъ не признается потравою“[1]).

Еще раньше, въ рѣшеніи по д. Шереметьева съ Чепуренковымъ[2]) Правительствующему Сенату пришлось остановиться на выясненіи характера того права, которое предоставлено было ст. 106 мѣстн. пол. помѣщику въ отношеніи крестьянъ, а именно права требовать, чтобы крестьяне не возводили холодныхъ построекъ ближе 50, а жилыхъ и всякихъ домашнихъ, отапливаемыхъ или дѣйствующихъ огнемъ заведеній ближе 150 саж. отъ господскихъ строеній,—и Правительствующій Сенатъ высказалъ: „смыслъ сего постановленія, по самому содержанію своему, показываетъ, что означенное правило установлено не въ видѣ временной мѣры, а съ цѣлью охраненія хозяйственныхъ интересовъ помѣщиковъ, которые какъ до выкупа крестьянами ихъ земель и угодій, такъ и послѣ того остаются одни и тѣ-же. Иначе закономъ было бы опредѣлено, что временная мѣра прекращаетъ дѣйствіе свое въ извѣстный моментъ, т.-е. въ данномъ случаѣ съ переходомъ временно обязанныхъ крестьянъ въ крестьянъ-собственниковъ. Но положеніе это не только не высказано въ законахъ спеціальныхъ о крестьянскихъ реформахъ, но, напротивъ того, правило, въ 106 мѣстн. пол. постановленное, введено въ общіе гражданскіе законы, какъ одинъ изъ видовъ права участія частнаго, въ дополненіе къ ст. 445“.

Въ рѣш. 1871 г. № 660 признается правомъ участія частнаго право пользоваться водою изъ чужой криницы, а въ рѣш. 1874 г. № 531 за осуществленіе такого права признано требованіе сосѣда обязать отвѣтчика закрыть выкопанную имъ для отвода водъ канаву. Если прибавить еще, что въ цѣломъ рядѣ рѣшеній Правительствующій Сенатъ говоритъ о договорѣ, какъ объ одномъ изъ возможныхъ основаній права участія частнаго, то, повидимому, есть основаніе признать, что кассаціонная практика подъ правами участія частнаго разумѣетъ не только тѣ отношенія, какія изображены въ стт. 442—451,

---

[1]) Въ рѣш. 1887 г. № 69 (д. кр-янъ Кодни съ гр. Ледоховскимъ), гдѣ впервые говорится о правѣ толоки, еще нѣтъ рѣчи о правѣ участія частнаго но въ рѣшеніи 1886 г. № 79 право толоки признается за право участія частнаго.

[2]) Рѣш. 1872 г. № 236.

но и такія, которыя подъ содержаніе этихъ статей не подходятъ, но соотвѣтствуютъ содержанію общаго положенія ст. 433: „право посторонняго участія въ выгодахъ имущества есть частное, когда участіе установляется единственно и исключительно въ пользу кого-либо изъ частныхъ владѣльцевъ“.

Къ сожалѣнію, и до настоящаго времени практика Правительствующаго Сената не выяснила, что нужно разумѣть подъ правомъ участія частнаго. Она оперируетъ, съ этимъ понятіемъ, какъ съ понятіемъ соотвѣтствующимъ содержанію 442—451 статей, разумѣя всякіе иски, основанные на означенныхъ статьяхъ, и смѣшивая въ понятіи иска о правѣ участія частнаго и actio confessoria и actio negatoria. Обратимся къ разсмотрѣнію условій предъявленія „иска о правѣ участія частнаго“.

III.

Законъ въ 5 п. 29 ст. уст. гр. суд. говоритъ объ искахъ *о правѣ* участія частнаго, а не объ искахъ *о возстановленіи* права участія частнаго. Поэтому, въ примѣненіи къ 5 п. 29 ст. практикѣ Правительствующаго Сената не пришлось создавать такую фикцію, какая установлена была въ рѣшеніяхъ 1884 г. № 55 и 110 для распространенія 4 п. той же статьи и на тѣ случаи, когда „нарушенія“ владѣнія въ дѣйствительности не было, потому что не было еще и самого владѣнія.

Между 4-мъ и 5-мъ пунктами 29 ст. общаго то, что какъ тамъ, такъ и здѣсь подсудность иска мировымъ судебнымъ установленіямъ опредѣляется моментомъ нарушенія защищаемаго искомъ отношенія.

Но если относительно иска по 4 п. возникали основательныя сомнѣнія о томъ, возможенъ ли искъ въ защиту нарушеннаго владѣнія, какъ таковаго, по истеченіи шестимѣсячнаго срока,—сомнѣнія, разрѣшаемыя практикой Правительствующаго Сената въ утвердительномъ смыслѣ[1]), то относительно 5-го пункта такихъ сомнѣній быть не можетъ: искъ этотъ есть искъ о правѣ,

---

[1]) Рѣш. 1882 г. № 149, 1884 г. № 33, 1893 г. № 47.

и подвѣдомственность его мировымъ и общимъ судебнымъ установленіямъ опредѣляется только продолжительностью періода, отдѣляющаго моментъ нарушенія права отъ момента предъявленія иска [1]), и потому, „въ силу точнаго смысла 5 п. 29 ст. уст. гр. суд. мировому съѣзду надлежитъ установить лишь фактъ о томъ, предъявленъ ли искъ въ установленный сею статьею срокъ или нѣтъ, и согласно сему факту постановить свое рѣшеніе о дѣлѣ“ [2]).

Нарушеніе владѣнія можетъ вызвать предъявленія двоякаго рода исковъ—иска владѣльческаго и иска о правѣ на владѣніе. Вслѣдствіе нарушенія права участія частнаго возникаетъ „искъ о правѣ участія частнаго“, искъ, основанный на правѣ, а не на фактѣ: здѣсь не можетъ быть посессорной защиты, здѣсь предметомъ защиты является только право.

Когда Абрамовичъ просилъ возстановить его право проѣзда отъ его усадьбы къ водопою и полю чрезъ дачу Бубнова, объясняя что послѣдній перекопалъ дорогу, сто лѣтъ существующую, мировой съѣздъ прекратилъ это дѣло, признавъ его себѣ не подсуднымъ; но Правительствующій Сенатъ нашелъ, что „искъ А. о возстановленіи сего проѣзда изъ его усадьбы чрезъ дачу отвѣтчика къ водопою и полю по существу своему составлялъ не требованіе о признаніи за нимъ правъ собственности на дорогу, пролегающую въ имѣніи отвѣтчика, и не споръ противъ права собственности отвѣтчика на это имѣніе, а лишь требованіе о возстановленіи нарушеннаго права участія частнаго въ пользованіи имуществомъ отвѣтчика... Мировыя судебныя установленія, вообще не разсматривающія, въ силу ст. 31 п. 1 уст. гр. суд., исковъ о правѣ собственности на недвижимое имѣніе, обязаны и въ дѣлахъ о возстановленіи нарушеннаго владѣнія *или* права участія (ст. 29 пп. 4 и 5) не выходить изъ предѣловъ предоставленной имъ власти и, по ст. 73 уст. гр. суд., не могутъ постановлять рѣшеній о томъ, кому изъ тяжущихся принадлежитъ право собственности на имѣніе въ силу представленныхъ къ дѣлу

---

[1]) Рѣш. 1871 г. № 660.

[2]) Рѣш. 1870 г. № 395, 1868 г. № 164, 1869 г. № 627, 734, 1871 г. № 660, 1872 г. № 851, 1873 г. № 604, 1875 г. № 585, 607, 616, 829, 1877 г. № 316, 1882 г. № 39, 1910 г. № 8.

актовъ, но, ограничиваясь разрѣшеніемъ спорнаго вопроса о томъ, нарушено ли владѣніе или право участія истца, они, на основаніи 105 ст. обязаны принимать въ соображеніе всякаго рода акты, представленные сторонами“ [1]).

Повидимому, здѣсь Правительствующій Сенатъ не различаетъ 4 и 5 пунктовъ 29 ст., а ссылка на 31 ст. сдѣлана не точно, ибо въ 1 п. этой статьи говорится не только объ искахъ о правѣ собственности, но также и объ искахъ о правѣ на владѣніе недвижимостью, утвержденнымъ на формальномъ актѣ. Но уже въ ближайшихъ по времени рѣшеніяхъ Правительствующій Сенатъ отказался отъ отождествленія иска о возстановленіи нарушеннаго владѣнія и иска о правѣ участія частнаго и разъяснилъ, что въ искахъ послѣдняго рода мировыя установленія не ограничиваются возстановленіемъ нарушеннаго участія, но разсматриваютъ самое право участія частнаго и разрѣшаютъ по существу возникающіе о немъ споры. „Отсутствіе такого правила, которое стѣсняло бы мирового судью въ оцѣнкѣ письменныхъ доказательствъ, удостовѣряющихъ законность того права участія въ выгодахъ чужого имущества, о возстановленіи котораго истецъ просилъ, въ связи съ сдѣланною въ 5 п. 29 ст. уст. гр. суд. ссылкою на ст. 442—451 зак. гр., въ коихъ именно упоминаются закономъ установленныя ограниченія права собственности посторонними правами (пользованія водою, сосѣдства, прохода и проѣзда) приводитъ къ заключенію, что въ искахъ о правѣ частнаго участія образъ дѣйствія мирового судьи долженъ быть существенно различенъ отъ того пріема, котораго онъ обязанъ держаться по смыслу 73 ст. въ дѣлахъ о возстановленіи нарушеннаго владѣнія. Различіе это состоитъ въ томъ, что въ дѣлахъ послѣдняго рода мировому судьѣ надлежитъ установить только фактъ владѣнія и время его нарушенія; въ спорѣ же о правѣ участія частнаго судьѣ недостаточно удостовѣриться въ томъ, что истецъ пользовался извѣстными выгодами чужого имѣнія и лишился оныхъ не болѣе какъ за годъ до начатія дѣла, но слѣдуетъ

---

[1]) Рѣш. 1874 г. № 380.

убѣдиться еще и въ томъ, что такое пользованіе не было ни самовольнымъ, ни случайнымъ, но утверждалось на правѣ, установленномъ силою закона или пріобрѣтенномъ отъ собственника законнымъ способомъ“ [1]). Въ послѣдующихъ рѣшеніяхъ приводится уже въ качествѣ непререкаемаго положенія, что „въ дѣлахъ о правѣ участія частнаго, подсудныхъ мировымъ учрежденіемъ по ст. 29 п. 5 уст. гр. суд., учрежденія эти не ограничиваются возстановленіемъ нарушеннаго участія, но разсматриваютъ самое право участія частнаго и разрѣшаютъ по существу возникающіе о немъ споры“ [2]).

Такъ какъ иски о правѣ участія частнаго только въ зависимости отъ момента предъявленія распредѣляются между мировыми и общими судебными установленіями, то основные вопросы, касающіеся этихъ исковъ, являются общими для юрисдикціи мирового судьи и окружнаго суда,—въ противоположность теоретическому представленію объ искахъ о возстановленіи нарушеннаго владѣнія.

Кто является истцомъ, кто отвѣтчикомъ въ искахъ о правѣ участія частнаго?

Истецъ—тотъ, кому принадлежитъ нарушенное право участія частнаго, отвѣтчикъ—кто это право нарушилъ.

Формула, касающаяся истца, несмотря на всю свою простоту, способна вызвать недоумѣнія, въ виду невыясненности самаго понятія права участія частнаго. Но каково бы ни было право участія, въ чемъ бы ни заключалась его сущность въ конкретномъ случаѣ, право участія частнаго связываетъ непремѣнно опредѣленныхъ субъектовъ, топографическое положеніе имуществъ которыхъ даетъ одному изъ нихъ возможность осуществлять свою власть надъ объектомъ права другого.

Истецъ обязанъ доказать, что онъ—субъектъ права участія частнаго и что со стороны отвѣтчика это право нарушено. „Иски о возстановленіи нарушеннаго права участія частнаго (п. 5 ст. 29 уст. гр. суд.), имѣющіе предметомъ огражденіе права посторонняго участія въ

---

[1]) Рѣш. 1875 г. № 278 (д. Фелькнеръ съ Волчковой), 1876 г. № 289.

[2]) Рѣш. 1875 г. № 616 (Черникова съ Каменевымъ) № 862, (д. Трофимова и Ѳомина съ Энгельгардтомъ) 941 (кн. Лопухина-Демидова съ крестьянами с. Таращи).

выгодахъ чужого имущества, могутъ быть вчинаемы только тѣми именно лицами, которыя въ тѣхъ или другихъ предѣлахъ (ст. 442 и послѣд. т. X ч. I) пользовались и считаютъ себя въ правѣ и впредь пользоваться означеннымъ правомъ, къ дальнѣйшему осуществленію коего они встрѣчаютъ препятствіе со стороны собственника имѣнія“ [1]). Указывается также [2]), что и „чиншевику-владѣльцу принадлежитъ право на искъ о закрытіи выходящихъ на его усадьбу оконъ дома сосѣда, самовольно имъ открытыхъ“.

Доказать свое право значитъ установить основаніе своего правомочія [3]). Значитъ, истецъ долженъ доказать свою ссылку на то изъ основаній, какія признаются закономъ, какъ основанія права участія частнаго.

Такими основаніями являются: 1) законъ и 2) договоръ. [4]) Въ рѣшеніи по д. Смирновой съ Христофоровой [5]) высказано слѣдующее положеніе: „Подъ понятіемъ права участія частнаго въ пользованіи и выгодахъ чужого имущества законъ, какъ показываютъ стт. 433, 442 и 451, разумѣетъ извѣстныя ограниченія права собственности, установленныя исключительно въ пользу сосѣдей. Право это, по неоднократнымъ разъясненіямъ Правительствующаго Сената, устанавливается или закономъ, или договорнымъ соглашеніемъ или силою судебнаго рѣшенія“.

Ссылка на судебное рѣшеніе, какъ на основаніе права участія частнаго, не можетъ быть признана удачной, такъ какъ судебное рѣшеніе вообще не можетъ быть признано за самостоятельное основаніе матеріальнаго права, а выражаетъ лишь примѣненіе судомъ къ спорному отношенію „существующихъ законовъ, которыми спорное право опредѣлено и ограждено“ [6]).

—Что же касается указанія на договоръ, какъ на одно изъ основаній права участія частнаго, то такое указаніе, проходящее чрезъ цѣлый рядъ рѣшеній, не исчерпываетъ, конечно, всѣхъ тѣхъ случаевъ, когда, помимо

---

[1]) Рѣш. 1879 г. № 302.
[2]) Рѣш. 1904 г. № 54.
[3]) Рѣш. 1873 г. № 16.
[4]) Рѣш. 1873 г. № 507, 1910 г. № 81.
[5]) Рѣш. 1910 г. № 9.
[6]) Рѣш. 1886 г. № 33, 1874 г. № 349, 1876, № 195, 1879 г. № 83.

опредѣленнаго закона, возникаетъ право участія частнаго.

— Правда, для ссылки на договоръ, практика Правительствующаго Сената имѣетъ руководящее указаніе въ ст. 446 ч. 1 т. X, гдѣ говорится о соглашеніи между сосѣдями по вопросу объ окнахъ въ стоящей на межѣ двухъ усадебъ стѣнѣ. „Ограниченіе права собственности правомъ посторонняго участія составляетъ изъятіе изъ общихъ правилъ, опредѣляющихъ пространство правъ собственника недвижимаго имущества. Посему право участія частнаго не можетъ быть подразумѣваемо. Въ каждомъ данномъ случаѣ это право можетъ быть признано принадлежащимъ постороннему лицу лишь при установленіи онаго *или силою закона, или по договору*“ [1]). Впрочемъ, въ томъ же году состоялось рѣшеніе № 503, гдѣ говорится, что „право участія частнаго въ выгодахъ чужого имущества не можетъ быть подразумѣваемо, но въ каждомъ данномъ случаѣ признается принадлежащимъ частному владѣльцу лишь при установленіи сего права силою *закона, договора или рѣшенія*, получившаго законную силу“. „Право посторонняго лица на участіе въ выгодахъ чужого имущества установляется, какъ это изъ ст. 432 явствуетъ, *или закономъ, или же силою договора*. Никакимъ другимъ путемъ такого рода право не пріобрѣтается“ [2]). „Всякое распоряженіе, предпринимаемое постороннимъ лицомъ въ имуществѣ собственника при отсутствіи договорнаго соглашенія, можетъ быть оправдано только постановленіемъ закона“ [3]). „Такъ называемыя права участія частнаго установляются *или закономъ или силою договора*“ [4]). Но договоръ, какъ основаніе права участія частнаго, долженъ быть облеченъ въ крѣпостную форму [5]). „Ограниченіе права собственности на какое-либо недвижимое имущество можетъ, по ст. 66 и 157 полож. о нот. части, послѣдовать не иначе, какъ по акту, совершенному нотаріальнымъ порядкомъ, подъ опасеніемъ, въ противномъ случаѣ, недѣйствительности

---

[1]) Рѣш. 1876 г. № 152.
[2]) Рѣш. 1887 г. № 30.
[3]) Рѣш. 1890 г. № 76.
[4]) Рѣш. 1900 г. № 57.
[5]) Рѣш. 1883 г. № 119.

акта"—говорится въ рѣшеніи по дѣлу Барсукова съ Бойкомъ.

Если же такова связь права участія частнаго съ формальнымъ выраженіемъ воли контрагентовъ, то отсюда возможно сдѣлать и другой выводъ: право участія частнаго возникаетъ изъ формально совершеннаго акта. Посему есть основаніе сказать, что право участія частнаго закона возникаетъ не только изъ договора, но и вообще изъ юридическаго волеизъявленія, устанавливающаго отношенія права участія частнаго. Право это можетъ быть установлено, слѣдовательно, и духовнымъ завѣщаніемъ, когда владѣлецъ имѣнія, распредѣляя его части между своими наслѣдниками, возлагаетъ въ пользу одного права участія частнаго на имѣніе, достающееся другому.

Впрочемъ, въ рѣшеніяхъ Правительствующаго Сената не говорится о духовныхъ завѣщаніяхъ, какъ о возможномъ основаніи права участія частнаго,—что, конечно, не можетъ служить препятствіемъ къ тому, чтобы содержащееся въ духовномъ завѣщаніи право собственности было бы отмѣчено у старшаго нотаріуса и чтобы такимъ образомъ возникло на одной сторонѣ ограниченіе права собственности, а на другой вещное право на пользованіе чужимъ имуществомъ.

Если право участія частнаго существуетъ не на основаніи закона, то оно могло возникнуть только на основаніи сдѣлки—прижизненной или на случай смерти. Этимъ основаніемъ устраняется возможность возникновенія права участія частнаго въ силу давности осуществленія сего права. Такъ какъ правомъ участія частнаго ограничивается право собственности сосѣда, а ограниченіе права собственности не предполагается, то управомоченный субъектъ долженъ доказать свое право ссылкой на тотъ юридическій титулъ, какой для даннаго случая признается закономъ; въ законѣ же не говорится, чтобы право участія частнаго могло возникнуть чрезъ продолжительное его осуществленіе,— слѣдовательно, на давность осуществленія, какъ на доказательство существованія права участія частнаго, ссылаться нельзя. Это выражено прежде всего въ рѣшеніи по дѣлу монастыря Св. Гроба Господня съ Савичемъ объ устраненіи ската крыши: „въ законахъ нѣтъ никакого указанія, чтобы безспорное пользованіе въ продолженіе срока земской давности выгодами по-

сторонняго имущества установляло дальнѣйшее, на вѣчныя времена, пользованіе этими выгодами“ [1]).

„Фактическое пользованіе чѣмъ-либо въ чужомъ имуществѣ, сколько бы времени таковое ни продолжалось, не порождаетъ онаго“ [2]). Когда истецъ доказалъ, что ему принадлежитъ право участія частнаго, наступаетъ, согласно ст. 366 Уст. гр. суд., очередь отвѣтчика опровергать доказанныя истцомъ заявленія.

Но кто можетъ быть отвѣтчикомъ по иску о правѣ участія частнаго? Если для осуществленія права участія частнаго требуется пространственная близость двухъ имѣній, то этимъ еще не разрѣшается вопросъ, каково должно быть юридическое положеніе отвѣтчика.

Такъ какъ право участія частнаго есть право вещное, существующее для одного сосѣда, кто бы онъ ни былъ, и имѣющее своимъ предметомъ имѣніе другого сосѣда, кто бы ни былъ и онъ, то, при такомъ характерѣ сего права, отвѣтчикомъ можно признать только то лицо, по отношенію къ которому истецъ можетъ осуществлять свое право участія частнаго, т.-е. отвѣтчикомъ по такому иску можетъ быть только собственникъ сосѣдняго имѣнія.

Прежде чѣмъ придти, однако, къ этому выводу, практика Правительствующаго Сената проявила колебанія. Такъ, въ рѣшеніи по дѣлу Уразгильдѣева съ Талкіязскимъ сельскимъ обществомъ [3]) высказано: „Ст. 442 т. X ч. I не содержитъ въ себѣ никакого указанія на то, что искъ о нарушеніи права участія частнаго можетъ быть предъявленъ только къ собственнику имѣнія, а не къ арендатору, или вообще къ временному владѣльцу имѣнія въ тѣхъ случаяхъ, когда нарушеніе означеннаго права произошло со стороны лица, временно пользующагося имѣніемъ“. Выраженное въ такой общей формѣ положеніе это могло бы касаться вовсе не существа иска о правѣ участія частнаго, а тѣхъ послѣдствій, которыя выражаются въ возмѣщеніи убытковъ. И, дѣйствительно, въ томъ же рѣшеніи читаемъ: „напротивъ же, стт. 684 и 685 обязываютъ всякаго, причинившаго кому-либо вредъ

---

[1]) Рѣш. 1872 г. № 1306, 1873 г. № 1305, 1883 г. № 19.
[2]) Рѣш 1887 г. № 30, 1878 г. № 156.
[3]) Рѣш. 1874 г. № 465.

и убытки, вознаградить за оное и указываютъ способы сего вознагражденія".

Но уже въ рѣшеніи по дѣлу Гнѣдина съ Мазаракіемъ[1]) Правительствующій Сенатъ устанавливаетъ различіе между 442 и 685 статьями: „Точный смыслъ этихъ законовъ указываетъ на обязанность сосѣда, т. е. владѣльца мельницы или иного вододѣйствующаго заведенія, внизъ по рѣкѣ лежащаго, не подтоплять верхней мельницы, а въ случаѣ причиненія подтопа — уничтожить все имъ устроенное. Посему, если искъ предъявленъ объ уничтоженіи причиняющей подтопъ водяной мельницы или необходимой для приведенія ея въ дѣйствіе плотины, то такой искъ, какъ направленный противъ самого промышленнаго заведенія, можетъ относиться только къ собственнику онаго, т.-е. къ сосѣднему владѣльцу, о которомъ упоминается въ приведенной 442 ст., а не къ лицу, временно пользующемуся заведеніемъ на арендномъ правѣ. Если же исковое требованіе имѣетъ предметомъ вознагражденіе за вредъ и убытки, верхнему владѣльцу причиненные, то искъ можетъ быть обращенъ какъ къ владѣльцу сосѣдней мельницы, такъ и къ арендатору ея, смотря по тому, кто изъ нихъ причинилъ истцу вредъ и убытки. Такъ, если убытки произошли отъ самаго устройства мельницы, построенной собственникомъ, или лицомъ, отъ имени его дѣйствующимъ, то искъ относится къ собственнику, т.-е. къ владѣльцу заведенія; если же убытки причинены ненадлежащимъ пользованіемъ мельницы или же измѣненіями, сдѣланными въ ней арендаторомъ по своему усмотрѣнію, а не по распоряженію собственника, то, конечно, искъ долженъ относиться къ арендатору".

Отъ этого столь обоснованнаго взгляда Правительствующій Сенатъ отклонился въ рѣшеніи по дѣлу кр-нъ дер. Узунова съ Бардинымъ[2]). Бардинъ закрылъ крестьянамъ проѣздъ на надѣльную пустошь Веретенку по дорогѣ, существующей съ незапамятныхъ временъ, черезъ арендуемую имъ у Бѣжецкаго городского общества землю; хотя по распоряженію полиціи проѣздъ и былъ открытъ черезъ три дня, но крестьяне предъявили искъ къ Бардину у мирового судьи, на основаніи 5 п. 29 ст., прося при-

---

[1]) Рѣш. 1875 г. № 922.
[2]) Рѣш. 1886 г. № 95.

знать за ними право на проѣздъ по сказанной дорогѣ и предоставить взыскивать убытки, причиненные закрытіемъ дороги въ самое дорогое рабочее время. Разсматривая возникшій по дѣлу вопросъ, правильно ли предъявили крестьяне настоящій искъ къ Бардину, Правительствующій Сенатъ нашелъ, что искъ крестьянъ слагается изъ двухъ отдѣльныхъ требованій, заключающихся въ предоставленіи имъ права взыскивать съ Бардина причиненные имъ его неправильными дѣйствіями убытки и въ признаніи за ними права проѣзда по самовольно закрытой Бардинымъ спорной дорогѣ. „Первое изъ этихъ требованій, въ виду 684 ст., очевидно, не могло быть обращено ни къ кому иному, какъ къ самому Бардину, такъ какъ за чужія дѣйствія никто не обязанъ отвѣчать, кромѣ случаевъ, положительно въ законѣ указанныхъ. Равнымъ образомъ, и второе требованіе крестьянъ могло быть обращено къ Бардину, за неимѣніемъ въ законахъ (стт. 442—448 т. X ч. I) никакого указанія на то, что искъ о правѣ участія частнаго можетъ быть предъявленъ только къ собственнику имѣнія, а не къ арендатору, какъ вообще къ временному владѣльцу имѣнія, въ тѣхъ случаяхъ, когда нарушеніе означеннаго права произошло со стороны лица, временно пользующагося имѣніемъ“ [1]). Что только собственникъ можетъ быть отвѣтчикомъ по 5 п. 29 ст. — объ этомъ говоритъ Правительствующій Сенатъ въ рѣшеніи по дѣлу Смѣлковой съ Гродненской городской управой [2]). „Иски по 5 п. 29 ст. могутъ быть предъявляемы только такими лицами, которыя въ тѣхъ или другихъ предѣлахъ пользовались или считаютъ себя въ правѣ пользоваться правомъ участія частнаго, и къ осуществленію котораго они встрѣчаютъ препятствія со стороны собственника имѣнія. Этотъ послѣдній въ дѣлахъ сего рода можетъ являться лишь въ качествѣ отвѣтчика, потому что правонарушенія, предусмотрѣннаго 5 п. 29 ст. въ отношеніи къ собственнику имѣнія со стороны лица посторонняго послѣдовать не можетъ“ [3]). Въ позднѣйшемъ рѣшеніи по дѣлу Солтанова съ кр-ми

---

[1]) Повторено въ рѣш. 1904 г. № 54.
[2]) Рѣш. 1889 г. № 91 со ссылкой на рѣш. 1879 г. №№ 302 и 304.
[3]) Рѣш. 1892 г. № 92.

с. Іодегольве[1]) предполагается, что отвѣтчикъ—собственникъ обремененнаго имѣнія: „Въ примѣненіи къ сервитуту, установленному въ ст. 448 и слѣд. т. X ч. 1, о правѣ прохода и проѣзда владѣльца чрезъ постороннія дачи къ своему угодью, нарушеніе права участія частнаго предполагаетъ, что до нарушенія владѣлецъ пользовался правомъ прохода и проѣзда, ибо въ противномъ случаѣ не могло бы быть рѣчи о нарушеніи".

Колебанія практики по вопросу о томъ, къ кому слѣдуетъ предъявлять искъ о правѣ участія частнаго, объясняются, конечно, невыясненностью вопроса о существѣ права участія частнаго. Если бы подъ правомъ участія частнаго Правительствующій Сенатъ всегда подразумѣвалъ бы сервитутъ, какъ объ этомъ и говорится въ рѣшеніи 1910 г. № 8, то юридическое положеніе отвѣтчика не вызывало бы сомнѣній.

Каковъ бы ни былъ отвѣтчикъ, онъ, защищаясь противъ предъявленнаго къ нему иска о правѣ участія частнаго, можетъ 1) всецѣло отрицать принадлежащее истцу право: въ такомъ случаѣ истцу придется доказать возникновеніе его права, которое и будетъ предполагаться существующимъ, пока противное не будетъ доказано отвѣтчикомъ; 2) признавая, что право участія частнаго нѣкогда для истца возникло, отвѣтчикъ можетъ отрицать, чтобы право это для истца продолжало существовать: въ такомъ случаѣ *на отвѣтчика* падаетъ обязанность доказать, что право истца прекратилось, т. е. нужно отвѣтчику доказать, что наступили уже такія обстоятельства, которыя, по закону, уничтожаютъ возникшее право участія частнаго. Какія же это обстоятельства?

Такъ какъ право участія частнаго предполагаетъ существованіе двухъ имѣній, принадлежащихъ двумъ различнымъ собственникамъ, то, если оба имѣнія сольются въ одно, которое и будетъ принадлежать одному собственнику, — право участія частнаго въ такомъ случаѣ прекратится. Но соединеніе въ рукахъ одного собственника двухъ имѣній такъ, что каждое изъ нихъ сохраняетъ свою самостоятельность, не влечетъ за собою прекращенія права участія частнаго. Поэтому, если въ ру-

---

[1]) Рѣш. 1910 г. № 8.

кахъ одного владѣльца соединились два имѣнія, и затѣмъ этотъ владѣлецъ одно изъ имѣній снова переукрѣпитъ постороннему лицу, то, по отношенію къ новому пріобрѣтателю право участія частнаго должно ожить. Тѣ права участія частнаго, которыя существуютъ на основаніи закона (442, 445, 448), не могутъ быть погашены соединеніемъ двухъ имѣній, такъ какъ въ случаѣ новаго разъединенія, въ силу закона, ipsa lege, должно возродиться то право участія, о которомъ не приходилось говорить въ то время, когда оба имѣнія принадлежали одному владѣльцу. Такъ, если верхній владѣлецъ пріобрѣтетъ нижнее имѣніе, или, наоборотъ, нижній владѣлецъ пріобрѣтетъ верхнее, такъ что оба имѣнія образуютъ одно, то, разумѣется, прежнее право участія частнаго прекратится; если затѣмъ такой владѣлецъ снова выдѣляетъ верхнюю или нижнюю часть имѣнія, то, при отсутствіи особаго между контрагентами соглашенія, нужно будетъ признать, что, въ силу ст. 442, разъясненной въ рѣшеніи 1881 г. № 84, оба владѣльца будутъ имѣть другъ по отношенію къ другу право участія частнаго.

Соединеніе въ рукахъ одного владѣльца двухъ усадебныхъ участковъ, связанныхъ съ предусмотрѣнными въ ст. 445 отношеніями, устраняетъ вопросъ о правѣ участія частнаго на время соединенія; когда же соединенные усадебные участки снова разъединяются, то должно возродиться право участія частнаго. Въ практикѣ Правит. Сената разсматривался такой казусъ: на усадьбѣ имѣлось два дома, изъ коихъ одинъ съ землею подъ нимъ былъ предоставленъ владѣльцемъ по духовному завѣщанію одному наслѣднику, а вся остальная часть усадьбы—другому. Стѣна съ пятью окнами въ домѣ перваго владѣльца составляла границу обѣихъ частей прежде единой усадьбы. Въ правѣ ли сосѣдъ, т.-е. сонаслѣдникъ, потребовать задѣлки оконъ въ стѣнѣ? Правительствующій Сенатъ отвѣтилъ на этотъ вопросъ отрицательно. „Когда собственникъ двухъ смежныхъ дворовыхъ мѣстъ на одномъ изъ нихъ выстроилъ домъ, пустивъ въ немъ окна на другое, или когда будетъ выстроенъ собственникомъ домъ на цѣльномъ дворовомъ участкѣ, который впослѣдствіи раздѣленъ на два вслѣдствіе того, что собственникъ кому-либо продастъ или инымъ образомъ уступитъ выстроенный домъ съ частью дво-

рового мѣста, оставивъ за собою, вплоть до самаго дома остальную часть двора: тогда изъ такого положенія вещей, при отсутствіи особаго соглашенія между сторонами относительно существующихъ уже оконъ, естественнымъ путемъ установляется для пріобрѣтателя дома право пользоваться свѣтомъ чрезъ окна, обращенныя теперь на чужой дворъ, а для хозяина этого двора, бывшаго собственника дома, обязанность не стѣснять этого пользованія; ибо немыслимо допустить, чтобы законъ отказывалъ въ своей охранѣ не самоуправно возникшему участію частному въ пользованіи и выгодахъ чужого имущества (531 и 690 ст. т. X ч. 1), и чтобы собственникъ, продавъ или инымъ способомъ уступивъ другому, въ качествѣ жилого помѣщенія, снабженный окнами домъ, могъ затѣмъ по своему произволу сдѣлать оный непригоднымъ для жилья, лишивъ его свѣта, возведеніемъ ли на оставшейся за нимъ части дворового мѣста зданія, заслоняющаго окна отчужденнаго дома, или же предъявленіемъ къ пріобрѣтателю требованія о задѣлкѣ оконъ въ пріобрѣтенномъ домѣ, какъ обращенныхъ на чужой дворъ. Отсутствіе особыхъ соглашеній относительно оконъ между участниками сдѣлки объ уступкѣ однимъ другому дома, находящагося въ выше означенномъ положеніи, ведетъ къ заключенію, что воля хозяина состояла въ томъ, чтобы и впредь сохранялось то состояніе недвижимостей, изъ котораго проистекаетъ сервитутъ, т.-е. повинность, лежащая на одномъ недвижимомъ имуществѣ, для пользованія и употребленія другого имущества, принадлежащаго иному собственнику... При доказанности, что два дворовыя мѣста съ построенными на нихъ домами, нынѣ отдѣльныя, принадлежали одному и тому же собственнику, и что онъ привелъ ихъ самъ въ то состояніе, изъ котораго проистекаетъ сервитутъ заключающійся въ правѣ владѣльца имѣть окна въ стѣнѣ дома, выстроеннаго на пограничной чертѣ съ другимъ дворовымъ мѣстомъ, слѣдуетъ признать, что возбужденный юридическій вопросъ о правѣ сосѣда на закрытіе оконъ того дома долженъ быть разрѣшенъ отрицательно...“ [1]).

Не только соединеніе двухъ сосѣднихъ имѣній въ

---

[1]) Рѣш. 1889 г. № 40.

рукахъ одного владѣльца можетъ повлечь за собою прекращеніе права участія частнаго. Прекращеніе этого права можетъ наступить и при томъ условіи, что оба имѣнія остаются попрежнему въ рукахъ прежнихъ владѣльцевъ,—но владѣльцы эти, по тѣмъ или инымъ соображеніямъ, признаютъ необходимымъ упразднить существовавшее доселѣ право участія частнаго: въ такомъ случаѣ, соотвѣтственно тому, какъ и возникнуть право участія частнаго можетъ вслѣдствіе договора, крѣпостнымъ порядкомъ совершеннаго, — отмѣна существующаго права участія частнаго можетъ наступить также вслѣдствіе договора, способнаго отмѣнить вещное право на недвижимость, т.-е. также облеченнаго въ крѣпостную форму. „Право частнаго участія, установленнаго ст. 442, можетъ, какъ и всякое другое право, быть предметомъ договорныхъ соглашеній“ [1]).

Уничтоженіе имущества, съ обладаніемъ котораго связано право участія частнаго, влечетъ ли за собою прекращеніе этого права? Повидимому, этотъ вопросъ подлежалъ обсужденію въ рѣшеніи по дѣлу Либова съ Плавникомъ [2]); по этому дѣлу возникъ вопросъ,—съ замѣною прежней пограничной стѣны, въ которой были пущены окна на дворъ сосѣда, новою, продолжаетъ ли существовать право на обращеніе въ этой новой стѣнѣ оконъ на сосѣдній дворъ? „Существованіе оконъ, хотя бы и устроенныхъ ранѣе обнародованія Высочайше утвержденнаго 29 декабря 1834 г. мнѣнія Государственнаго Совѣта, на коемъ основана приведенная ст. 446, давало, по разъясненію Правительствующаго Сената, изложенному въ рѣшеніи его 1878 г. № 268, просителю *лишь право на сохраненіе* помянутыхъ оконъ *до времени уничтоженія* имъ того дома, въ которомъ окна эти были устроены; но отнюдь не устанавливало въ его пользу того права обращать на сосѣдній дворъ окна во вновь строящемся его домѣ, которое можетъ быть пріобрѣтено имъ не иначе, какъ въ порядкѣ, въ той ст. 446 указанномъ“.

Если въ приведенномъ рѣшеніи видѣть выраженіе общаго начала, касающагося одного изъ способовъ прекращенія права участія частнаго, то теоретическое поло-

---

[1]) Рѣш. 1875 г. № 969, 1883 г. № 119, 1887 г. № 30.
[2]) Рѣш. 1890 г. № 107.

женіе о прекращеніи вещнаго права съ уничтоженіемъ вещи найдетъ свое примѣненіе къ нашимъ правамъ участія частнаго. Возобновленіе уничтоженнаго имущества не влечетъ за собою возобновленія права участія частнаго.

Давностью не пріобрѣтается право участія частнаго [1]). Можетъ ли оно быть *утрачено* силою давности? Какъ право вещное, слѣдовательно, вѣчное и потомственное, право участія частнаго не можетъ прекратиться въ силу давности.

Давность исковая, какъ вытекающая изъ общаго закона, могла бы парализовать требованіе истца о правѣ участія частнаго, если бы, согласно ст. 1 прил. 694 ст. т. X ч. 1, протекло десять лѣтъ съ момента нарушенія права. Но тутъ на помощь праву участія частнаго приходитъ практика Правительствующаго Сената, провозглашающая то положеніе, что нарушеніе права участія частнаго есть нарушеніе длящееся, вслѣдствіе чего начальный моментъ давностнаго періода постоянно перемѣщается, а слѣдовательно, и не можетъ имѣть примѣненія законъ объ исковой давности [2]).

„Многократными разъясненіями Правительствующаго Сената установлено положеніе, что право требовать прекращенія пользованія въ выгодахъ чужого имущества не погашается давностью. Такъ, въ рѣшеніи 1876 г. № 156 Правительствующій Сенатъ призналъ, что такъ какъ право участія въ выгодахъ чужого имущества не можетъ быть пріобрѣтено давностью, то нельзя признать, чтобы утрачивалось и право требовать прекращенія такого пользованія судебнымъ порядкомъ, при чемъ Правительствующій Сенатъ пояснилъ, что 446 ст. не имѣетъ въ виду самый моментъ постройки дома, а устанавливаетъ вообще право сосѣда требовать закладки оконъ, сдѣланныхъ на его дворъ, въ домѣ, стоящемъ на самой межѣ. Однородное разъясненіе дано Правительствующимъ Сенатомъ въ рѣшеніи за 1876 г. № 17. Хотя въ рѣшеніи этомъ обсуждался искъ, основанный на 442 ст., о прекращеніи существовавшаго въ моментъ предъявленія

---

[1]) Рѣш. 1872 г. № 1306.
[2]) Рѣш. 1873 г. № 1305, 1878 г. № 156, 1883 г. № 119.

иска подтопа мельницы истца, но такъ какъ ограниченія права собственности правами участія сосѣднихъ владѣльцевъ, указанныя какъ въ 442, такъ и въ 446 ст., имѣютъ одну и ту же цѣль, а именно предоставить собственнику недвижимаго имѣнія возможность осуществлять свое право, изъ чего слѣдуетъ, что иски, основываемые на томъ или другомъ законѣ, аналогичны, то разъясненія Правительствующаго Сената, данныя въ послѣднемъ рѣшеніи, должны имѣть примѣненіе и къ настоящему дѣлу. Разъясненія же эти указываютъ, что нарушеніе права требовать прекращенія подтопа, какъ нарушеніе *длящееся*, не можетъ быть покрыто давностью, что отвѣтчики, допуская подтопъ мельницы истца въ теченіе болѣе десяти лѣтъ, не пріобрѣли чрезъ это права продолжать его и на будущее время, какъ и истецъ не утратилъ права требовать во всякое время прекращенія наносящаго ему вредъ подтопа“ [1]). „Одно фактическое пользованіе выгодами въ чужомъ имуществѣ, сколько бы времени оно ни продолжалось, не установляетъ дальнѣйшаго на вѣчныя времена пользованія этими выгодами, или иначе, не превращается въ право; слѣдовательно, и собственникъ не можетъ утратить, за истеченіемъ давности, права требовать прекращенія такого пользованія“ [2]).

Сопоставленіе требованій истца и возраженій отвѣтчика и оцѣнка ихъ съ точки зрѣнія существующаго закона приводитъ къ рѣшенію, содержаніе котораго будетъ не одинаково, въ зависимости отъ содержанія искового требованія, а также и въ зависимости отъ того, какое судебное мѣсто призвано къ разрѣшенію спорнаго вопроса.

Предметомъ искового требованія можетъ быть: 1) признаніе права участія частнаго и 2) возстановленіе права участія частнаго. Но признаніе права какъ таковое, т.-е. безъ просьбы о реальномъ его осуществленіи, едва ли можетъ быть сочтено допустимымъ [3]). Что же касается возстановленія нарушеннаго права участія частнаго, то о таковомъ можно просить какъ мирового судью, такъ и окружный судъ, въ зависимости *только* отъ вре-

---

[1]) Рѣш. 1893 г. № 88.
[2]) Рѣш. 1900 г. № 57.
[3]) Рѣш. 1875 г. № 346, 1877 г. № 154 и 1900 г. № 35.

менп, отдѣляющаго моментъ нарушенія отъ момента предъявленія иска.

Подводя итоги кассаціонной практики по вопросамъ о правѣ участія частнаго, приходимъ къ слѣдующимъ выводамъ:

1. Сущность „права участія частнаго“ остается и до сего времени не выясненной, и подъ этимъ правомъ Правительствующій Сенатъ разумѣетъ то сервитутное правомочіе, то, наоборотъ, устраненіе сего правомочія.

2. Сущность иска о правѣ участія частнаго не исчерпывается предположеніями actio confessoria; напротивъ, практика Правительствующаго Сената видитъ этотъ искъ и при наличности предположеній a. negatoria.

3. Условія поссессорной защиты къ иску о правѣ участія частнаго примѣненія не имѣютъ; всякій искъ о правѣ участія частнаго есть искъ о правѣ, независимо отъ того, какимъ судомъ этотъ искъ разсматривается.

А. М. Гуляевъ.

Вето-билль.

Ограниченіе правъ палаты лордовъ въ области законодательства [1]).

16 мая 1861 года Гладстонъ — тогда еще канцлеръ казначейства въ либеральномъ кабинетѣ лорда Пальмерстона—говорилъ въ нижней палатѣ парламента о привилегіяхъ палаты лордовъ, настолько же священныхъ и важныхъ для равновѣсія англійской конституціи („as sacred and as important to the balance of the Constitution“ [2]), насколько священны и важны для равновѣсія этой конституціи привилегіи палаты общинъ. Только полстолѣтія отдѣляетъ насъ отъ торжественнаго заявленія великаго вождя либераловъ, а между тѣмъ теперь изслѣдователю приходится уже имѣть дѣло съ актомъ парламента, въ корнѣ подрывающимъ „священныя“, по выраженію Гладстона, привилегіи верхней палаты.

Силы болѣе могущественныя, чѣмъ вліяніе, если можно такъ выразиться, своеобразнаго Code Galant англійской политической жизни, заставили либеральное правительство отступить отъ основного правила конституціонной морали, требующаго, чтобы билль, задѣвающій привилегіи какой-либо палаты парламента, исходилъ отъ той палаты, которой онъ ближайшимъ образомъ касается. Вето-билль послѣ двухъ роспусковъ нижней палаты въ январѣ и декабрѣ 1910 года и ожесточенной борьбы сталъ актомъ парламента.

Какимъ же образомъ могла быть проведена эта „discourtesy“, эта чрезвычайная парламентская „нелюбезность“ по отношенію къ сосѣду по законодательной работѣ?

---

[1]) Доложено въ Общемъ Собраніи Юридическаго Общества при Императорскомъ С.-Петербургскомъ Университетѣ 6 марта 1912 года. Вето-билль носитъ теперь названіе Parliament Act'a. Мы сохраняемъ прежнее, ставшее уже привычнымъ словоупотребленіе.

[2]) Цитирую слова Гладстона по „Law Magazine“ авг. 1910, p. 417.

Несомнѣнно, что атака на права палаты лордовъ, начатая въ 1894 году (въ смыслѣ ограниченія ея полномочій) тѣмъ же Гладстономъ, который раньше противъ нея высказывался,—могла быть доведена до благопріятнаго для либераловъ окончанія, главнымъ образомъ, благодаря непредставительному и наслѣдственному характеру верхней палаты. Въ самомъ дѣлѣ, если произвести анализъ состава верхней палаты, то окажется, что вся масса лордовъ, за исключеніемъ 26 епископовъ и 5 юристовъ, занимаетъ свои мѣста исключительно по праву рожденія. Такимъ образомъ, основанная въ подавляющемъ своемъ большинствѣ (596 членовъ изъ 627, т.-е. 95 процентовъ) на наслѣдственномъ принципѣ, не имѣющая себѣ подобныхъ ни въ одной странѣ (даже въ Венгріи, обладающей такой же древней конституціей, какъ Англія, число пожизненныхъ членовъ верхней палаты равняется $\frac{1}{4}$ — 67 изъ 264; изъ остальныхъ государствъ только въ Баваріи наслѣдственный элементъ нѣсколько превышаетъ половину [1]),—палата лордовъ являлась дряхлѣющимъ пережиткомъ средневѣковья и не могла выдержать борьбы съ демократическими вѣяніями новаго времени. Но любопытно отмѣтить, что постоянно продолжавшіяся въ теченіе XIX вѣка попытки разсѣять строго консервативную атмосферу верхней палаты путемъ назначенія либеральныхъ пэровъ либеральнымъ правительствомъ не привели ни къ какому результату. Дѣйствительно, въ 1831 году въ палатѣ лордовъ было 128 либеральныхъ пэровъ; съ 1831 по 1910 г. либеральнымъ правительствомъ было создано 215 пэровъ [2]). Если даже принять во вниманіе то обстоятельство, что 30 пэрствъ прекратилось, за неимѣніемъ наслѣдниковъ, то все-таки вмѣстѣ съ вновь назначенными въ іюнѣ 1910 года пэрами либеральные лорды должны были бы составить абсолютное большинство въ верхней палатѣ. А

---

[1]) Harold Temperley „Senates and Upper Chambers“ p. 18.

[2]) „Encyclopoedia Britannica“ XI Edition, vol. XXIII, p. 115 etg., Stead „Peers or People“ („The House of Lords Weighed in the Balances and Found Wanting“ p. 31, рѣчь лорда Ньютона Parliamentary Debates“ Lords, 1907, v. 173, p. 1210, рѣчь лорда Дюнравена. („Какъ только Вы превратите въ лордовъ либераловъ, они въ свою очередь обратятся въ консерваторовъ“) Parliamentary Debates“ v. 173, p. 1286.

между тѣмъ господство консервативнаго элемента въ палатѣ лордовъ настолько значительно, что либералы составляютъ въ ней незначительное меньшинство, почти совершенно лишенное возможности вліять на рѣшенія палаты; такъ, напримѣръ, гомруль 1893 года былъ отвергнутъ консервативнымъ большинствомъ палаты лордовъ, въ десять разъ превышающимъ количество либераловъ, голосовавшихъ за билль (419 противъ 41 [1]). Неизмѣнно консервативный составъ верхней палаты влечетъ за собой и неизмѣнно консервативный характеръ ея дѣятельности, который дѣлалъ положеніе вещей, имѣвшее мѣсто въ Англіи до проведенія вето-билля (Parliament Act'a), неудовлетворительнымъ въ двухъ отношеніяхъ. Въ тѣ періоды, когда у власти находился либеральный кабинетъ, палата лордовъ проявляла оживленную дѣятельность, часто отвергая билли, принятые нижней палатой, безъ достаточно серьезныхъ къ тому основаній. Наоборотъ, во время господства консерваторовъ въ палатѣ общинъ Англія имѣла фактически бездѣйствующую верхнюю палату.

Въ самомъ дѣлѣ, даже при самомъ внимательномъ анализѣ парламентскихъ отношеній между палатами изслѣдователь сможетъ указать только нѣсколько, и то въ большинствѣ лишенныхъ глубокаго принципіальнаго значенія случаевъ, когда палата лордовъ измѣняла бы консервативные билли: — это билль о безопасности рудокоповъ 1887 года, билль о запрещеніи выдавать рабочимъ плату мѣновыми продуктами (верхняя палата исключила изъ дѣйствія закона сельскихъ рабочихъ), билль объ образованіи 1902 г. (незначительныя поправки, еще болѣе усиливающія консервативный характеръ закона) и билль о приходскихъ совѣтахъ 1903 года (лорды не допустили проникновенія женскаго элемента въ лондонскіе органы самоуправленія) [2]). Быть можетъ, при особенныхъ усиліяхъ возможно найти еще нѣсколько случаевъ, ли-

---

[1]) Morley „Life of W. Gladstone", vol. III, p. 504.

[2]) Объ отношеніи верхней палаты къ консервативнымъ биллямъ см. „Parliamentary Debates" Lords p. 1907, p. 1250 (рѣчь Heneadge) „Parliam. Debates" Lords, 1910, vol. V, p. 405. (Гр. Крю. „Если здѣсь такъ много независимости, то я долженъ сказать, что я не усматриваю много ея видимыхъ знаковъ".) Seances et Travaux de l'Academie francaise" статья Esmein'a „La question de la chambre des Lords" мартъ 1909 г., p. 356.

шенныхъ принципіальнаго значенія, но, какъ справедливо указывалъ представитель правительства въ верхней палатѣ Крю, „всѣ ихъ можно перечесть по пальцамъ [1])“. Обычное же отношеніе палаты лордовъ къ консервативнымъ биллямъ характеризуется той „неприличной [2])“, по выраженію премьера; поспѣшностью, съ какой верхняя палата признаетъ безапелляціонное верховенство общинъ, разъ въ нихъ преобладаютъ тори, и лучшимъ примѣромъ которой можетъ служить судьба билля о торговомъ мореплаваніи (Merchant Shippings Bill) 1905 года, потребовавшаго въ нижней палатѣ многихъ недѣль обсужденія и прошедшаго верхнюю палату всего въ три часа времени [3]).

Наоборотъ, всѣ крупныя начинанія либеральнаго правительства встрѣчали на своемъ пути непреодолимыя (правда, только въ данную историческую минуту) препятствія со стороны верхней палаты [4]). До перваго министерства Гладстона, перваго государственнаго дѣятеля, которому суждено было поставить во всей широтѣ вопросъ объ отношеніяхъ между палатами, достаточно указать среди ряда другихъ на время похороненныхъ законовъ первый билль о реформѣ 1831 года, билль объ эмансипаціи католиковъ, билль объ отмѣнѣ ограниченій для евреевъ. Изъ проектовъ, отвергнутыхъ палатой лордовъ въ первое министерство Гладстона (1869—1874 гг.), наибольшей популярностью пользуются билль, предоставляющій коронѣ ограниченное право назначенія пожизненныхъ пэровъ, билль объ отдѣленіи церкви въ Ирландіи, ирландскій земельный актъ и билль, отмѣняющій средневѣковую практику продажи и покупки офицерскихъ должностей въ арміи (Army Purchase Bill). Во второе министерство Гладстона (1880—1885 г.) надъ многими „застрявшими“ проектами выдвигается третій билль о расширеніи избирательнаго права, отклоненіе котораго

---

[1]) Parliamentary Debates“ Lords, v. 173, p. 1229.

[2]) Parliamentary Debates“ v. 176, 1907, p. 912.

[3]) См. о Merchant Shippings Bill'ѣ „Parliam. Delates“ 1911, vol. XXV, p. 1250.

[4]) Объ отношеніи палаты лордовъ къ либеральнымъ проектамъ см., между прочимъ, „Revue du Droit Public“ 1907 „La chambre des Lords“ p. 744—749, „Nineteenth Century“ 1907, іюль, „The Liberal Party and the House of Peers“ p. 169, „Saturday Review“ 18 дек. 1909. „Lords and Liberal Bills“ p. 744—746, „Fortnightly Review“ февр. 1910, p. 242.

вызвало такое волненіе въ странѣ, что черезъ годъ реформа была осуществлена при начавшемся шумѣ враждебной наслѣдственнымъ законодателямъ кампаніи. Третье министерство Гладстона и смѣнившій его либеральный же кабинетъ Розберри (1892—1895 г.), опирающіеся на парламентъ, избранный на основаніи настолько широкой ньюкэстльской программы „omnibus", что ей нѣтъ антецедентовъ въ англійской политической исторіи,—особенно пострадали отъ этого „затора" („deadlock") въ законодательствѣ. Печальную участь гомруля раздѣлили билль о мѣстномъ управленіи, билль объ измѣненіи порядка наслѣдованія недвижимой собственности и цѣлый рядъ другихъ биллей. Но и въ послѣдніе годы (1906—1909 гг.) лорды, ободренные своей побѣдой на выборахъ 1895 года, не сложили оружія, направленнаго противъ представительной палаты, и отклонили билль о выкупѣ питейныхъ концессій 1906 г. (Licensing Bill), билль объ отмѣнѣ множественнаго вотума (Plural Votings Bill), школьный билль (Education Bill) и, наконецъ, оказавшійся роковымъ для нихъ бюджетъ 1909 года [1]).

Такимъ образомъ, какъ бы ни жаловались нѣкоторые англійскіе консерваторы по поводу того (кстати, совершенно невѣрнаго) обстоятельства, что описаніе англійской политической жизни прошлаго столѣтія всецѣло исходитъ отъ либераловъ, представляется несомнѣннымъ, что, говоря словами перваго министра Розберри въ Брэдфордѣ (1894г .), «палата лордовъ вовсе не является (истинной) второй палатой. Это партійная организація, руководящаяся партійными соображеніями и направляемая партійными дѣльцами („by party managers")». Утвержденіе Розберри тѣмъ болѣе справедливо, что и самая процедура, лежащая въ основаніи работы верхней палаты, почти является reductio ad absurdum. Въ самомъ дѣлѣ кворумъ палаты, насчитывающей 630 членовъ, составляютъ всего три лорда, изъ которыхъ одинъ, какъуказываетъ Томасъ Мэй, можетъ быть еще не приведенъ къ присягѣ [2]). Эрскинъ Мэй приводитъ въ своей „Constitutional History

---

[1]) Утвержденіе консерваторовъ, что палата лордовъ не мѣшала либеральному законодательству, такъ какъ за послѣдніе 5 лѣтъ она пропустила 226 правительственныхъ биллей и отвергла всего 8 ("Parliam. Debates", 1910, Lords, p. 741), явно несостоятельно: эти 8 и были самые важные.

[1]) Th. May „Parliamentary Practice 1906, p. 210.

of England“ фактъ, имѣвшій мѣсто 25 августа 1860 года, когда палата лордовъ отклонила недѣлями обсуждавшійся въ общинахъ билль объ усовершенствованіи земельныхъ отношеній въ Ирландіи всего большинствомъ 7 противъ 6 голосовъ [1]). Конечно, такіе прецеденты являются исключительными, но все же за послѣдніе 40 лѣтъ было только сорокъ голосованій (т.-е. по одному голосованію въ годъ), когда число голосующихъ въ верхней палатѣ членовъ превышало цифру 100. Но въ противоположность такимъ рѣдкимъ случаямъ, когда „лорды только проталкивались черезъ чуждые имъ коридоры“ верхней палаты,—нормальный контингентъ пэровъ, принимающихъ постоянное участіе въ ея работахъ, по общему признанію не превышаетъ одного, двухъ, трехъ десятковъ.

Невольно является вполнѣ естественный и неизбѣжный вопросъ: неужели въ славящейся именно своей „гибкостью“ системѣ англійскихъ политическихъ институтовъ не нашлось мѣста для гарантіи осуществленія народной воли или, по крайней мѣрѣ, неужели англійское конституціонное право не отразило (хотя бы въ видѣ „конвенціонныхъ соглашеній“) даже попытокъ нѣкотораго обузданія безотвѣтственной и непредставительной палаты, казалось бы, способной совершенно уничтожить демократическое законодательство страны. Вѣдь разсуждая абстрактно, если конституція не даетъ способа разрѣшенія конфликтовъ между двумя (въ Англіи, какъ мы видѣли, далеко неравноцѣнными по своему внутреннему содержанію) палатами, то рѣшающее, послѣднее слово всегда будетъ принадлежать верхней палатѣ, утверждающей или отклоняющей законопроектъ. Немыслимо думать, что за все свое вѣковое существованіе англійская конституція не знала совершенно методовъ устраненія законодательнаго „затора“, и что только вето-билль Асквита (Parliament Act, 1911) замѣнилъ удачно или неудачно эту полную tabula rasa.

Теорія англійской конституціи знаетъ такіе методы,

---

[1]) Ersk. May „Constitutional History of England“ p. 272. Кромѣ того, Дюнравенъ указалъ еще на одинъ недостатокъ процедуры: въ палатѣ лордовъ нѣтъ предсѣдателя въ его дѣйствительномъ значеніи; благодаря этому выступать въ палатѣ съ рѣчами могутъ только лидеры партій, для рядовыхъ членовъ трудно даже добиться слова „Parliamentary Debates“ 1907, v. 173, p. 1287.

но жизнь мало, а для ординарныхъ случаевъ и вовсе ихъ не восприняла. Первый изъ способовъ разрѣшенія конфликтовъ между палатами, извѣстныхъ старой англійской теоріи, — созданіе новыхъ пэровъ, „наводненіе“ (swamping) палаты новыми членами, назначеніе которыхъ имѣетъ настолько опредѣленный смыслъ, что безъ всякаго ущерба для дѣла они могутъ голосовать по счастливому выраженію Уартона „отдѣльно или черезъ своего старшину“. Этотъ способъ разрѣшенія конфликта можетъ быть примѣняемъ только по отношенію къ тѣмъ палатамъ, члены которыхъ назначаются короной.

Въ Европѣ онъ примѣнялся въ Австріи, гдѣ съ 1907 года можетъ считаться вышедшимъ изъ употребленія, въ Италіи, гдѣ въ 1886 году составъ верхней палаты былъ пополненъ 41 членомъ, въ 1890 году — 75 членами и въ 1892 году — 42 членами, въ Пруссіи въ 1872 году, когда король ввелъ въ палату господъ 24 новыхъ члена, и въ Венгріи, гдѣ сравнительно недавно Францъ-Іосифъ угрожалъ „наводненіемъ“ палаты магнатовъ новыми членами; изъ британскихъ колоній этотъ способъ устраненія затрудненій извѣстенъ Новому южному Валлису и Канадѣ; въ Новой Зеландіи, Квинслэндѣ и Ньюфаундленѣ онъ постепенно вышелъ изъ употребленія [1]).

Англія знаетъ законченный прецедентъ 1711 года, когда королева Анна и кабинетъ тори назначили 12 новыхъ пэровъ для того, чтобы сломить упорство верхней палаты, противившейся заключенію Утрехтскаго мира. Второй прецедентъ, имѣвшій мѣсто во время конфликта 1831—1832 года изъ-за перваго билля о реформѣ, носитъ уже относительный характеръ, такъ какъ угроза либеральнаго правительства, хотя и доведенная до послѣдней грани, не была приведена въ исполненіе: отчасти подъ вліяніемъ знаменитаго письма Вильгельма IV къ герцогу Веллингтону, отчасти подъ вліяніямъ опасеній за судьбу верхней палаты, лорды (подобно венгерскимъ магнатамъ 1895 года) пошли навстрѣчу желаніямъ нижней палаты. Третій прецедентъ 1911 года еще болѣе далекъ отъ осуществленія, чѣмъ прецедентъ 1832 года,

---

[1]) Temperley „Senates and Upper Champers“ p.p. 117—118, 193, 224, 49—52.

но все-таки и въ этомъ случаѣ не представляетъ никакихъ сомнѣній тотъ фактъ, что, если бы побѣдилъ „трудно-умирающій" (die-hard) Гальсбюри и его сторонники, потребное для проведенія вето-билля число лордовъ было бы назначено.

Относительно этого способа разрѣшенія конфликтовъ между палатами среди англійскихъ доктрины и парламентаріевъ царитъ еще большое разнообразіе мнѣній, чѣмъ по поводу одного изъ наиболѣе спорныхъ вопросовъ конституціи—королевскаго вето. По поводу послѣдняго вопроса большинство авторитетныхъ комментаріевъ сходится въ томъ утвержденіи, что вето короля (послѣдній случай примѣненія котораго имѣлъ мѣсто въ 1707 году при неутвержденіи королевой Англіи билля о Шотландской милиціи) впало въ „desuetude" [1]); споръ вращается только вокругъ возможности возрожденія дѣятельности „потухшаго вулкана" — уснувшей королевской прерогативы. Гораздо сложнѣе обстоитъ дѣло съ вопросомъ о „правомѣрности" созданія пэровъ, долженствующихъ провести угодную правительству мѣру. Достаточно указать, что та самая либеральная партія, которая теперь прибѣгла къ „creation of the peers", какъ къ послѣднему героическому средству англійской конституціи, въ 1711 году высказывалась по поводу назначенія пэровъ самымъ отрицательнымъ образомъ: „(it is) dishonour to the Crown and irreparable mischief to the Constitution of Parliament" [2]). А, между тѣмъ, въ 1711 году дѣло шло о прекращеніи губительной войны и назначеніи всего лишь 12 пэровъ, изъ которыхъ,—по словамъ Бальфура,—только нѣсколько человѣкъ не были старшими сыновьями пэровъ.

Въ 1911 году, наоборотъ, консервативная партія называла въ своемъ вотумѣ порицанія, внесенномъ въ палату общинъ 7 августа, политику правительства „the gross violation of the constitutional liberty" [3]), а либералы, составивъ большинство въ 365 (противъ 246 консерваторовъ) въ нижней палатѣ, отклонили формулу Баль-

---

[1]) См., напримѣръ, Pontus Tahlbeck „La constitution suédoise et le parlementarisme moderne", W. Parow „Die Englische Verfassung" s. 161, 171.
[2]) „Parliamentary Debates" vol. XXVIII, p. 1475—1476. „Official Report".
[3]) „Parliamentary Debates" 1911, vol. XXIX, p. 795.

фура, осуждающую ихъ образъ дѣйствій въ этомъ вопросѣ. А когда первый министръ въ засѣданіи 29 марта, слѣдуя по стопамъ Грея и Бэджгота, заговорилъ о роспускѣ палаты общинъ и назначеніи пэровъ, какъ о средствахъ возстановленія гармоніи государственныхъ учрежденій, Бальфуръ выразилъ протестъ противъ этого неумѣстнаго съ его точки зрѣнія параллелизма: „сравнивать эти два процесса“,— говорилъ лидеръ оппозиціи,— „это значитъ смѣяться надъ здравымъ смысломъ, знаніемъ и конституціоннымъ образованіемъ членовъ этой палаты[1]). Дальнѣйшая аргументація Бальфура сводится къ слѣдующему: при роспускѣ палаты общинъ тѣ, кто его производятъ, не „разрушаютъ ее, а возвеличиваютъ“. Между тѣмъ, созданіе пэровъ даже въ томъ умѣренномъ видѣ, въ какомъ оно примѣнялось два столѣтія тому назадъ, считалось даже тогда похожимъ на революцію въ конституціи палаты. А если бы „swamping“ былъ уподобленъ роспуску, то этимъ „цѣликомъ и рѣшительно“ верхняя палата „была бы уничтожена, какъ институтъ“.

И нельзя не сознаться, что въ утвержденіи Бальфура есть много справедливаго. Именно опасеніемъ за судьбу верхней палаты объясняется внесеніе лордомъ Сундерлэндомъ въ 1719 году въ палату лордовъ билля о пэрствѣ (Peerage Bill), ограничивавшаго право короны назначать новыхъ лордовъ (только шестью пэрами) сверхъ ея состава того времени[2]).

Если смотрѣть на дополнительное созданіе пэровъ, какъ на нормальный способъ разрѣшенія конфликтовъ, то отсюда возникъ бы цѣлый рядъ неудобствъ. Это повлекло бы во 1) къ той абсолютной нуллификаціи самостоятельной воли верхней палаты, при которой самое ея существованіе теряетъ свой смыслъ. Это соображеніе не имѣетъ цѣны по отношенію къ тому отживающему пережитку средневѣковья, какимъ является безотвѣтственная палата лордовъ настоящаго состава, но оно пріобрѣтаетъ безусловную и неоспоримую цѣнность для сторонниковъ двухпалатной системы съ момента созданія представительной верхней палаты. Во 2) съ каждымъ десятилѣ-

---

[1]) „Parliamentary Debates“ 1910, vol. XV, p. 1189.

[2]) Энсонъ „Англійскій парламентъ“, стр. 191. Подробн. у Pike „The Constitutional History of the House of Peers“.

тіемъ этотъ способъ все труднѣе и труднѣе примѣнять, такъ какъ преобладаніе консервативной партіи устанавливается все прочнѣе, и въ то время, какъ въ 1831 году дѣло шло о назначеніи 40—80 новыхъ пэровъ, въ 1911 году близкая кабинету „Daily News“ писала, что въ понедѣльникъ будетъ назначено 50 новыхъ пэровъ, во вторникъ, если лорды не образумятся, еще 100 и въ среду 150. Указанная цифра 300 показываетъ, что пророчество Сиднея Лоу о томъ, что въ скоромъ времени придется выставлять виконтовъ цѣлыми взводами, а бароновъ цѣлыми батальонами, уже близится къ осуществленію. Наконецъ, въ 3) способъ этотъ, грозя безмѣрнымъ увеличеніемъ состава палаты, по существу нисколько не улучшаетъ положенія, являясь только временнымъ палліативомъ вслѣдствіе отмѣченнаго уже нами обстоятельства: превращенія потомковъ либеральныхъ лордовъ въ консерваторовъ.

Не удивительно поэтому, что такой выдающійся государственный дѣятель, какъ Гладстонъ, заявилъ во время конфликта 1884 года, что онъ не согласился бы на созданіе пэровъ даже въ томъ случаѣ, если бы королева выразила сочувствіе этой мѣрѣ [1]), Hearn является ярымъ ея противникомъ, Ersk. May допускаетъ такъ же, какъ и Энсонъ, „swamping“ только въ исключительныхъ случаяхъ, а Hallam только при приблизительномъ равенствѣ голосовъ двухъ партій въ верхней палатѣ.

Между этимъ, необходимымъ въ прежнихъ англійскихъ условіяхъ, но справедливо примѣняемымъ только въ чрезвычайныхъ случаяхъ, способомъ разрѣшенія разногласій, и вторымъ, извѣстнымъ прежней теоріи конституціи, методомъ устраненія „затора“ въ законодательствѣ—роспускомъ палаты общинъ—существуетъ нѣкоторая зависимость. Послѣдняя выражается въ томъ, что такая экстраординарная мѣра, какъ созданіе пэровъ, не можетъ быть проведена въ жизнь безъ спеціальнаго мандата избирателей, получаемаго путемъ роспуска нижней палаты [2]). Такъ, въ 1831 году Вильгельмъ IV сначала отказалъ либеральному кабинету въ согласіи на „swamping“ и пошелъ на эту агрессивную, по отношенію къ

---

[1]) Morley „Life of W. Gladstone“, vol. III, p. 130.
[2]) Lowell „Le gouvernement de l'Angleterre“ 1910, vol. I, p. 510.

верхней палатѣ мѣру только послѣ общихъ выборовъ, ярко обрисовавшихъ настроеніе страны[1]); такъ, и въ ноябрѣ 1910 года правительство Асквита не требовало отъ короны немедленнаго согласія на „потопленіе“ и поставило ультиматумъ только послѣ новыхъ общихъ выборовъ декабря 1910 года.

Но роспускъ палаты общинъ являлся (по крайней мѣрѣ, теоретически) самостоятельнымъ способомъ устраненія конфликта и безъ этой карательной санкціи. Такое значеніе роспуска возможно только потому, что палата лордовъ отказалась отъ своей прежней самостоятельной роли и живетъ въ настоящее время лишь въ отраженномъ свѣтѣ народныхъ воззрѣній. Сознавая слабость своей организаціи, верхняя палата рѣшается сопротивляться палатѣ общинъ только до тѣхъ поръ, пока возможно сомнѣніе относительно воззрѣній электората, но какъ только послѣднія выяснены, лидеры палаты лордовъ не находятъ ничего позорнаго въ отступленіи отъ разъ занятой позиціи. Эта точка зрѣнія, особенно ярко развитая маркизомъ Солесбюри въ 1869 году во время рѣчи по поводу билля объ отдѣленіи церкви отъ государства въ Ирландіи („Если Вы отклоните обсуждаемый билль, Вы заявите этимъ англійскому народу, что Вы рѣшились упорно сопротивляться рѣшенію, имъ окончательно принятому“ [2]) и даетъ силу роспуску парламента, какъ единственному извѣстному конституціи средству выясненія настроенія избирателей. Но, къ сожалѣнію, и роспускъ нижней палаты, справедливо называемый лордомъ Брумомъ „необходимымъ способомъ“ разрѣшенія конфликтовъ, не сыгралъ той роли въ ихъ устраненіи, на которую онъ былъ бы способенъ при другихъ политическихъ условіяхъ.

Болѣе пригодный для частаго употребленія и вызывающій гораздо менѣе затрудненій, чѣмъ созданіе пэровъ, методъ разрѣшенія коллизій, возникающихъ между палатами, примѣнялся въ Англіи такъ рѣдко (въ 1679, въ 1701, въ 1705 гг. и по нашему крайнему убѣжденію въ 1831 году и 1910) не потому, что парламентъ, какъ это думаетъ Todd, можетъ принять мѣру, которую онъ

---

[1]) Ersk. May „Constitutional History“ p. 265.
[2]) Hansard „Parliamentary Debates“ v. 197, 3 ser., p. 91.

независимо отъ избирателей считаетъ необходимой[1]). При подобной концепціи, опирающейся на такіе историческіе факты, какъ принятіе парламентомъ 1716 года Septennial Act'a, вотированіе палатой общинъ безъ предварительнаго опроса избирателей актовъ Единенія съ Шотландіей и Ирландіей и отмѣна въ 1846 году хлѣбныхъ законовъ парламентомъ, избраннымъ для ихъ защиты,—вообще не остается мѣста для обоснованія (демократическаго, а не просто „карательнаго") института роспуска. Я уже имѣлъ случай указывать въ другомъ мѣстѣ, что такая доктрина „самостоятельнаго" представительства утратила въ Англіи на протяженіи XIX вѣка весь свой кредитъ и что только немногіе голоса подымаются въ защиту этой всѣми и уже давно въ Англіи оставленной теоріи[2]). Первопричина этого слабаго примѣненія наиболѣе доступнаго, казалось бы, средства лежитъ, конечно, не въ той или иной конструкціи юридической природы народнаго представительства, а въ особо неблагопріятной комбинаціи политическихъ институтовъ страны. Если противъ созданія пэровъ, какъ способа разрѣшенія конфликтовъ, были консерваторы, а не либералы, то относительно роспуска получается прямо противоположное положеніе вещей, такъ какъ консерваторы допускаютъ послѣдній для означенной цѣли, а либералы держатся обратнаго взгляда. Можно ли признать дѣйствующей такую теорію, спрашиваетъ Кэмпель-Баннерманъ, которую одна изъ двухъ главныхъ партій никогда не признавала, а другая, хотя и признавала, но никогда не осуществляла въ тѣ періоды, когда она стояла у власти.

Корень нежеланія либераловъ прибѣгнуть къ этому имѣвшемуся въ ихъ распоряженіи средству лежитъ въ ихъ упорномъ противодѣйствіи передачѣ примѣненія права роспуска верхней палатѣ. Либералы не хотятъ,

---

[1]) Todd (Walpol) „Parliamentary Goverument in England" vol. II, p. 126—128. Эта точка зрѣнія представляетъ полную противоположность тому основному правилу, которое было принято въ эпоху Генеральныхъ Штатовъ въ Голландіи (и въ другихъ странахъ), когда депутаты должны были обращаться къ народу за инструкціями совершенно тождественно съ тѣмъ — говоритъ Милль, какъ „посланникъ къ своему правительству". Милль „Представительное правленіе" с. 208.

[2]) См. статью Б. Е. Шацкаго „Конституціонный кризисъ и представительная система въ Англіи" „Право„ 1911 г., № 41, 42, 44 и В. М. Устиновъ „Ученіе о народномъ представительствѣ".

говоря словами Самуэля, предоставить консерваторамъ право свергать либеральный кабинетъ каждый годъ въ то время, какъ либералы имѣютъ возможность дѣлать это только разъ въ шесть лѣтъ. Поэтому, когда Гладстонъ во время конфликта 1884 года говорилъ посланному изъ Бальмораля совѣтнику королевы, что онъ не согласится ни за что на роспускъ изъ-за третьяго билля о реформѣ избирательнаго права, а согласится только въ томъ случаѣ, когда предметомъ избирательной кампаніи будетъ сдѣланъ вопросъ объ органическихъ измѣненіяхъ въ положеніи верхней палаты[1]), и позднѣе, когда въ 1894 году больной, но „великій старецъ“ безуспѣшно совѣтовалъ своимъ коллегамъ по кабинету роспускъ на основѣ отношеній между палатами[2]), онъ только геніально намѣтилъ основныя линіи будущей англійской политики. Со времени Гладстона прежній оборонительный образъ дѣйствій либеральной партіи: лорды не имѣютъ права узурпировать принадлежащую королю прерогативу роспуска,— смѣнился боевымъ лозунгомъ: разъ лорды этого хотятъ, роспускъ будетъ, но онъ будетъ послѣднимъ.

Такимъ образомъ, въ конечномъ итогѣ роспускъ нижней палаты, какъ средство разрѣшенія конфликтовъ, также долженъ быть признанъ въ значительной степени заржавѣлымъ оружіемъ въ конституціонномъ арсеналѣ стараго періода (до проведенія вето-билля), ибо communis opinio парламентскихъ круговъ Англіи состояло въ томъ, что „какъ бы ни былъ полезенъ роспускъ самъ-по-себѣ, ...не этой палатѣ лордовъ вызвать его“ [5]).

При такихъ условіяхъ наличные „рессурсы“ англійской конституціи оказались недостаточными и возникла настоятельная потребность найти выходъ изъ неудовлетворительнаго положенія на основѣ новыхъ конституціонныхъ преобразованій. Проблема была формулирована Морлеемъ въ его знаменитой рѣчи 2000 депутаціи либераловъ двумя словами mend or end палату лордовъ (реформировать или уничтожить). Но либеральная партія не

---

[1]) Morley „Life of W. Gladstone“ vol. III, p. 130.
[2]) Morley „Life of Gladstone“, vol. III, p. 505.
[3]) „Parliamentary Debates“ vol. 176, p.
[4]) „Parlaimentary Debates„ 1907, vol. 176, p. 1009—1010.
[5]) Lowell „Le gouvernement de l'Angleterre“ 1910, vol. I, p. 503.

пошла ни тѣмъ ни другимъ путемъ; послѣ нѣкотораго колебанія она поставила на своемъ знамени измѣненіе отношеній между палатами и уничтоженіе абсолютнаго вето палаты лордовъ.

II.

Правительство Асквита не приписываетъ себѣ чести изобрѣтенія послѣдняго способа разрѣшенія проблемы объ отношеніяхъ между палатами; наоборотъ, оно ведетъ его исторію отъ 1836 года, когда Джэмсъ Стюартъ Милль впервые высказалъ мысль объ ограниченіи абсолютнаго вето верхней палаты, къ знаменитой рѣчи Джона Брайта, произнесенной имъ 4 августа 1884 года въ Бирмингамѣ. Съ чувствомъ удовлетворенія правительство констатируетъ, что болѣе революціоиный, чѣмъ вето-билль, проектъ Джона Брайта, сводящій суспензивное вето палаты только къ двумъ сессіямъ и не ограничивающій послѣднихъ какимъ-либо опредѣленнымъ срокомъ, встрѣтилъ въ то время среди консерваторовъ большее сочувствіе[1]), чѣмъ вето-билль 1911 года, который даетъ палатѣ лордовъ право троекратнаго обсужденія билля въ трехъ парламентскихъ сессіяхъ и устанавливаетъ промежутокъ въ два года между принятіемъ билля въ нижней палатѣ и послѣдующимъ его прохожденіемъ въ законъ вопреки мнѣнію пэровъ.

Но, несмотря на то, что даже консервативные „Times“ и „Spectator“ въ 1884 году, по словамъ либеральныхъ ораторовъ, писали, что „вопросъ объ ограниченіи вето палаты лордовъ заслуживаетъ самаго внимательнаго разсмотрѣнія“,—до 1894 года такой способъ не поддерживался ни консерваторами, ни либералами. Впервые указанное разрѣшеніе проблемы было введено въ сферу актуальной политики на собраніи Національной Либеральной Федераціи, состоявшемся въ февралѣ 1894 года въ Портсмутѣ непосредственно послѣ столкновенія между палатами изъ-за билля о приходскихъ совѣтахъ, когда единогласно принята была резолюція „that the ministry

---

[1]) „Parliamentary Debates“ 1910, vol. XV, Commons, p. 1176—1177, „Parliam. Debates“ Lords, 1911, vol. VIII, p. 775.

may be assured of the enthusiastic and strenuous support of the Liberal party in whatever measures it adopts to secure that the House of Commons shall be the paramount authority in the State»[1]). На созванной лѣтомъ въ 1894 году спеціальной конференціи 1894 года либеральной партіи, посвященной отношеніямъ между палатами, была вотирована наиболѣе крайняя резолюція, согласно которой палатѣ общинъ предоставляется право провести какую либо законодательную мѣру, противную желаніямъ верхней палаты, въ ту же самую сессію того же парламента. На конференціяхъ марта 1900 года и мая 1903 года либеральной ассоціаціей также, хотя и въ менѣе рѣзкихъ формахъ, признавалась необходимость уничтоженія абсолютнаго вето палаты лордовъ, но только въ 1907 году, когда у власти стояло либеральное правительство Кэмпелль-Баннермана, этотъ вопросъ получилъ нѣкоторое подобіе законодательнаго выраженія.

24 іюня 1907 года, вдохновляемый антецедентами 1678 и 1860 гг., Кэмпелль-Баннерманъ внесъ отъ имени правительства въ палату общинъ проектъ резолюціи, гласящей: „Для того, чтобы дать возможность осуществленія волѣ народа, выраженной его выборными представителями, необходимо, чтобы власть другой палаты измѣнять или отвергать билли, принятые первой палатой, была ограничена закономъ такимъ образомъ, чтобы въ предѣлахъ одного парламента окончательное рѣшеніе общинъ одержало верхъ“.

Въ послѣдовавшей за внесеніемъ боевой резолюціи (обѣщанной первымъ министромъ еще въ концѣ сессіи 1906 года: „the way must be found, the way will be found“) рѣчи Кэмпелль-Баннерманъ раскрылъ нѣсколько абстрактное ея содержаніе. Если палата лордовъ отклонитъ билль, принятый общинами (или внесетъ въ него крупныя измѣненія), — собирается конференція, состоящая изъ равнаго количества избранныхъ палатами членовъ, задача которой заключается въ томъ, чтобы отыскать путь для соглашенія. Если конференція эта не удастся, билль (съ измѣне іями или безъ нихъ) будетъ снова внесенъ въ нижнюю палату послѣ значительнаго промежутка времени

---

[1]) Stead „Peers or People“ p. 186.

(приблизительно шести мѣсяцевъ, за исключеніемъ случаевъ, требующихъ неотложнаго разсмотрѣнія). По вторичномъ отклоненіи палатой лордовъ билля созывается новая конференція, неуспѣхъ которой влечетъ къ третьему внесенію билля въ нижнюю палату. Новое отклоненіе вызываетъ третью и послѣднюю конференцію; въ случаѣ ея неудачи билль, принятый общинами, легислатура которыхъ уменьшается до пяти лѣтъ, становится закономъ вопреки мнѣнію палаты лордовъ при условіи королевскаго утвержденія [1]).

Кэмпелль-Баннерманъ заявилъ, что правительство предоставляетъ себѣ право самостоятельно опредѣлить тотъ моментъ, когда билль о вето, основанный на указанныхъ принципахъ, будетъ внесенъ въ палату общинъ, но, очевидно, существовали тогда причины, которыя заставляли либеральный кабинетъ уклониться отъ немедленнаго открытія „военныхъ дѣйствій“, такъ какъ, несмотря на то, что резолюціи были приняты палатой общинъ уже 26 іюня подавляющимъ большинствомъ (432 противъ 147), онѣ оставались простымъ „академическимъ предположеніемъ“, а билль былъ отодвинутъ на неопредѣленное время. Объясненіе этому явленію найти нетрудно: резолюція, принятая какой-либо палатой, имѣетъ только декларативный характеръ, билль же объ уничтоженіи вето можетъ быть проведенъ только съ согласія верхней палаты. Совершенно ясно, что палата лордовъ дала бы свое согласіе на него только при крайнемъ возбужденіи общественнаго мнѣнія. Поэтому необходимо было ждать, чтобы лорды сами выковали противъ себя оружіе. Это случилось только въ 1909 году, когда верхняя палата отклонила бюджетъ Ллойда-Жоржа [2]). Не только многіе консервативные дѣятели, но и членъ кабинета военный министръ Хольдэнъ признаютъ, что положеніе вещей могло бы въ Англіи еще на долгіе годы остаться неизмѣннымъ, если бы не этотъ рискованный шагъ руководимой Лэнсдоуномъ палаты. Вето-резолюціи (замѣненныя вскорѣ вето-биллемъ) Асквита мало чѣмъ отличаются отъ резолюцій Кэмпелль-Баннермана. Самое крупное отличіе заключается въ томъ, что вето-билль Асквита совершенно не упоминаетъ о тѣхъ

---

[1]) „Parliamentary Debates“ p. 921 et s., vol. 176.
[2]) „Parliamentary Debates“ 1909, Lords, vol. IV, p. 1342.

примирительныхъ конференціяхъ, которымъ придавалось такое большое значеніе въ резолюціяхъ 1907 года. Впрочемъ, какъ впослѣдствіи разъяснилъ членъ кабинета Herbert Samuel, въ отвѣтъ на предложенную консерваторами поправку къ биллю, правительство вовсе не является противникомъ такого рода конференцій, оно только по какимъ-то (такъ и оставшимся не выясненными) причинамъ не желаетъ ихъ внесенія въ билль[1]). Второе отличіе является шагомъ впередъ по сравненію съ вето-резолюціями Кэмпелль-Баннермана: вето-билль Асквита устанавливаетъ необходимость троекратнаго обсужденія спорнаго проекта въ трехъ различныхъ парламентскихъ сессіяхъ подъ непремѣннымъ условіемъ истеченія минимума въ два года между принятіемъ билля (во второмъ чтеніи) въ нижней палатѣ и утвержденіемъ его королевской властью.

Аргументація сторонниковъ вето-билля въ основныхъ чертахъ сводится къ слѣдующимъ положеніямъ. Англія приняла демократію какъ форму правленія. Сущность демократіи заключается въ томъ, чтобы воля народа, подъ которой слѣдуетъ понимать волю большинства народа, находила свое выраженіе въ законодательствѣ. Единственный путь, извѣстный англійской демократіи для выясненія народныхъ воззрѣній,—выборы въ палату общинъ. Немыслимо, чтобы на дорогѣ послѣдней стояла вторая палата безотвѣтственная и непредставительная „governed by partisanship and tempered by panic“. Если палата лордовъ претендуетъ на лучшее знакомство съ народными воззрѣніями, чѣмъ представительная палата и права въ своей претензіи, то для чего, вообще, существуетъ нижняя палата. Одни общіе выборы не убѣждаютъ верхнюю палату въ томъ, что народъ находится на сторонѣ своихъ депутатовъ, какая гарантія въ томъ, что ихъ убѣдятъ другіе выборы[2]). Послѣ уничтоженія абсолютнаго вето — можно закончить аргументацію либераловъ — мы сможемъ дѣлать съ палатой лордовъ все, чего хочетъ народъ, а до тѣхъ поръ только то, на что она сама согласится. Попытаемся, пользуясь иногда въ виду подспорья тѣмъ богатымъ матеріаломъ, который содержится въ парламентскихъ дебатахъ и многочисленныхъ

---

[1]) См. „Parliamentary Debates“ 1911, Commons, vol. XXIV, p. 1685.
[2]) „Parliamentary Debates“ v. 176, p. 912 et s., v. XV, 1910, p. 1162 et s.

журнальныхъ и газетныхъ статьяхъ, произвести критическій анализъ вето-билля.[1])

Прежде всего представляется совершенно безспорнымъ то положеніе, что вето-билль порождаетъ раздвоеніе, если можно такъ выразиться, юридической природы парламента. Въ самомъ дѣлѣ, вето-билль раздѣляетъ номинально пятилѣтнюю легислатуру палаты общинъ, которая, по единогласному утвержденію всѣхъ англійскихъ парламентаріевъ, означаетъ четыре года активной парламентской работы, на два рѣзко отличающихся другъ отъ друга періода: первый, въ теченіе котораго нижняя палата всемогуща, такъ какъ черезъ два года всѣ пропущенные ею билли станутъ закономъ независимо отъ согласія верхней палаты, и второй, во время котораго общины попрежнему ограничены необходимостью согласія на законодательство со стороны палаты лордовъ. Вмѣстѣ съ тѣмъ возникаютъ впервые въ англійской исторіи (по крайней мѣрѣ, послѣ постановленія парламента 1539 года, когда за ордоннансами короля была признана такая же сила, какъ за актами парламента)[2]) два различныхъ законодательныхъ порядка: ординарный, при которомъ законы издаются обычнымъ путемъ „съ согласія лордовъ свѣтскихъ и духовныхъ“ и вполнѣ равноправный съ первымъ экстраординарный порядокъ, при которомъ достаточно воли однихъ общинъ вмѣсто требовавшагося прежней конституціонной доктриной соглашенія трехъ самостоятельныхъ факторовъ государственнаго развитія Англіи. При этомъ можно уже a priori утверждать, что для наиболѣе важныхъ и спорныхъ биллей будетъ примѣняться второй болѣе упрощенный порядокъ законодательства.

Бальфуръ, со свойственнымъ ему одному умѣніемъ, далъ образную картину создавшагося положенія. Англійская конституція теперь — это наполовину бѣлый, наполовину черный арлекинъ. Разноцвѣтныя части его одѣ-

---

[1]) Изъ отдѣльныхъ монографій по англійскому конституціонному кризису см. Marriot „Sekond Chambers“ (an induktive study in political science) 1910, Millet „La crise anglaije“, Parow „Die Englische Verfassung“, Mc Kechnie „The House of Lords“, изъ отдѣльныхъ статей см. К. Н. Соколовъ „Роль верхнихъ палатъ въ системѣ парламентаризма“ Журналъ Министерства Юстиціи, 1910 и мн. др. въ иностранной спеціальной и общей печати.

[2]) Stubbs „Constitutional History“ vol. II, p. 588.

нія слагаются изъ перваго періода, когда англійская конституція уподобляется однопалатной Коста-Рикѣ, и второго, когда та самая палата лордовъ, которая признается совершенно негодной для исполненія своихъ функцій въ первый періодъ вновь, получаетъ всѣ свои старыя права[1]).

Надо сознаться, что въ изложеніи Бальфура либеральная аргументація представлена въ нѣсколько искаженномъ видѣ, ибо для либераловъ центръ тяжести вопроса лежитъ не въ положеніи верхней, а въ положеніи нижней палаты. Насколько я понимаю, центральный пунктъ въ либеральной концепціи можетъ быть выраженъ словами Бёрка: „Сила, смыслъ и сущность палаты общинъ заключается въ томъ, что она является зеркаломъ націи»[2]).

Но современная эволюція представительной идеи внесла въ конституціонную доктрину писателя-философа нѣкоторое видоизмѣненіе, выразившееся въ томъ, что даже принадлежащіе къ либеральному лагерю теоретики и государственные дѣятели должны были признать, что палата общинъ должна пользоваться всей plenitudo potestatis только тогда, когда она является дѣйствительнымъ зеркаломъ страны, и что возможно въ видѣ исключенія такое положеніе вещей, когда представительная палата не можетъ претендовать на такую роль. Въ менѣе категорической формѣ, чѣмъ Бальфуръ, который прямо говоритъ, отступая отъ старыхъ англійскихъ традицій, что палата общинъ не является „absolute and sole master of the national destinies[3]),— и Асквитъ долженъ былъ сдѣлать оговорку въ своей центральной точкѣ зрѣнія („въ демократіи воля палаты общинъ должна быть закономъ[4]), выраженную имъ въ рѣчи отъ 11 апрѣля 1910 года: „Я вполнѣ признаю, что бываютъ случаи ясные и, дѣйствительно, имѣвшіе мѣсто, въ которыхъ рѣшеніе палаты.:. не выражаетъ мнѣній народа...[5]).

Такимъ образомъ, если бы въ этой чисто политической, казалось бы, области допустимы были юридическія аналогіи,

---

[1]) „Parliamentary Debates“ 1910, vol. XV, p. 1193—1194.
[2]) „Parliamentary Debates“ v. XXV, Commons, 1911, p. 459.
[3]) „Parliamentary Debates“ v. XXV, 1911, p. 464.
[4]) „Parliamentary Debates“ v. XV, 1910, p. 1179.
[5]) „Parliamentary Debates“ v. XVI, 1910, p. 896—897.

то можно было бы сказать, что praesumptio juris et de jure смѣнилось здѣсь болѣе условной praesmuptio juris.

Въ этомъ пунктѣ, по нашему крайнему убѣжденію, и заключается то противорѣчіе въ позиціи либераловъ, которое лишаетъ насъ возможности признать правильность избраннаго ими пути. Дѣло въ томъ, что правительство, признавая существованіе опасности расхожденія между желаніями націи и рѣшеніями его представителей, озаботилось созданіемъ гарантій, долженствующихъ замѣстить отнятую у верхней палаты „апелляціонную“ ея власть. Въ этихъ цѣляхъ правительство включило въ вето-билль два гарантирующихъ постановленія: уменьшеніе парламентской легислатуры съ семилѣтняго срока (Septennial Act 1716 года) до пятилѣтняго и двухлѣтній промежутокъ между голосованіемъ билля въ палатѣ общимъ и утвержденіемъ его короной, означающій практически, какъ мы видѣли, предоставленіе палатѣ общинъ большихъ полномочій въ первый періодъ ея существованія по сравненію съ послѣдующими годами.

Не трудно замѣтить, что обѣ эти гарантіи являются логическимъ выводомъ изъ одной большой посылки: чѣмъ ближе отстоитъ данный моментъ отъ времени *происходившихъ* выборовъ, тѣмъ болѣе отражаетъ палата общинъ народныя возврѣнія, и наоборотъ, чѣмъ старше парламентъ въ своей недолговѣчной жизни, тѣмъ менѣе онъ „fresh from the polls“, тѣмъ менѣе заслуживаетъ онъ довѣрія. Примемъ пока эту точку зрѣнія, не оспаривая ея по существу, такою, какъ она вырисовывается въ аргументаціи либераловъ, и посмотримъ къ чему приведетъ ея послѣдовательное осуществленіе.

Для юриста не возникаетъ сомнѣній въ томъ, что теоретики либеральной партіи въ этомъ вопросѣ, описывая circulus vitiosus, снова возвращаются къ всѣми уже осужденной (и въ томъ числѣ, какъ мы видѣли, ими самими) praesumptio juris et de jure: къ выраженному въ законѣ и не могущему быть оспореннымъ въ новыхъ конституціонныхъ условіяхъ предположенію о постоянной гармоніи между народомъ и его выборными представителями. Вся разница между старой (вѣрнѣе отжившей) конституціонной доктриной и новыми тенденціями вето-билля заключается только въ томъ, что тамъ это предположеніе охватывало всю парламентскую легислатуру,

здѣсь же посерединѣ поставлена юридически произвольная грань, съ равнымъ успѣхомъ могущая быть передвинутой какъ въ ту, такъ и въ другую сторону.

На это намъ могутъ возразить, что вето-билль вовсе не проводитъ той мысли, что палата общинъ даже въ первые два года необходимо является представительницей населенія на основаніи praesumptionis juris et de jure, ибо остается институтъ роспуска, хотя и не упоминаемый въ новомъ конституціонномъ законодательствѣ, но несомнѣнно могущій быть приведеннымъ въ дѣйствіе подъ вліяніемъ возбужденнаго общественнаго мнѣнія.

Если бы это было такъ (хотя это далеко не такъ, ибо трудно допустить, чтобы либеральное правительство распустило нижнюю палату въ первые два года ея легислатуры, когда нѣтъ никакихъ юридическихъ препятствій для проведенія спорнаго проекта и когда оно можетъ надѣяться оставшимися тремя годами легислатуры загладить непріятное впечатлѣніе, создавшееся въ странѣ) либералы впали бы въ новое противорѣчіе теперь уже не съ собственной аргументаціей, а съ извѣстной и неоспоримой максимой: cessante ratione legis cessat lex ipse. Вѣдь если попытаться нащупать „пульсъ“ вето-билля, отыскать идею, его одухотворяющую, придется сказать, что она заключается въ томъ, чтобы провести спорный законопроектъ „въ предѣлахъ одного парламента“, безъ роспуска, безъ новаго обращенія къ избирателямъ. Необходимость подчиненія волѣ палаты общинъ, укрѣпившей свое положеніе новыми выборами, ни въ комъ не вызывала сомнѣній и до вето-билля, и даже консерваторы верхней палаты не только выразили этотъ взглядъ, но и провели его въ жизнь въ 1910 году, принявъ послѣ январскихъ выборовъ ранѣе ими отвергнутый „соціалистическій“ бюджетъ. И чрезвычайно симптоматично, что, когда вайскоунтъ Wolmer внесъ отъ имени консервативной партіи въ нижнюю палату поправку (amendment) къ вето-биллю о томъ, чтобы между вторымъ и третьимъ чтеніемъ спорнаго законопроекта происходили общіе выборы,—единственное возраженіе, которое счелъ нужнымъ сдѣлать представитель правительства: „это противорѣчитъ принципамъ билля“ [1]).

---

[1]) „Parliamentary Debates vol. XXIV, 1911, p. 1739—1741.

Но необходимо отмѣтить, что помимо этого несомнѣннаго съ нашей точки зрѣнія противорѣчія, въ которое впалъ англійскій либерализмъ, самый критерій, который положенъ въ основаніе своеобразной бифуркаціи государственнаго строя Великобританіи, нельзя признать совершенно безспорнымъ. Бальфуръ, напримѣръ, не безъ нѣкоторой доли основательности могъ заявить въ палатѣ, что „не выборы, которые только что прошли, но выборы, которые скоро наступятъ (just coming) вдохновляютъ депутатовъ“.[1]) и въ подтвержденіе своихъ словъ сослаться на ирландцевъ, колебавшихся голосовать за бюджетъ Ллойда-Джоржа изъ опасенія новыхъ выборовъ. Хотя Бальфуръ въ этомъ вопросѣ, увлекшись полемикой, разошелся съ Энсономъ, утверждавшимъ еще 24 іюня 1907 года, что палата общинъ представляетъ въ настоящее время страну только „въ теченіе нѣсколькихъ недѣль послѣ выборовъ [2])“, и большинствомъ консервативной партіи, голосовавшимъ по этимъ же мотивамъ за уменьшеніе легислатуры до трехъ лѣтъ [3]), — все-таки его доводы представляются въ нѣкоторой (хотя и весьма относительной) степени психологически и политически убѣдительными.

При такихъ условіяхъ создается положеніе вещей, при которомъ юридическое единство системы государственныхъ учрежденій, долженствующее быть тщательно охраняемымъ даже при самой неблагопріятной конъюнктурѣ, безъ крайней нужды приносится въ жертву возбуждающему сомнѣнію принципу [4]).

Вмѣстѣ съ тѣмъ, такъ какъ аргументы юридическаго характера не должны (въ особенности при анализѣ конституціоннаго права Англіи) заслонять отъ изслѣдователя и обще-политической картины, то намъ придется отвѣтить и на вопросъ о томъ, достаточны ли съ политиче-

---

[1]) Parliam. Debates“ vol. XV, 1910, Commons, p. 1194.
[2]) „Parliam. Debates“ 1907, vol. 176, p. 1002.
[3]) „Parliamentary Debates“ vol. XXV, 1911, p. 343.
[4]) Само собою разумѣется, что, если принципъ этотъ и вызываетъ нѣкоторыя сомнѣнія, то только въ отношеніи общихъ выборовъ, происходящихъ въ нормальный послѣ окончанія легислатуры срокъ, когда на голосованіе избирателей сразу ставится такая широкая программа, какъ, напримѣръ, либеральная ньюкэстльская, но онъ является совершенно безспорнымъ, когда избирателямъ надлежитъ высказаться по поводу конкретнаго конфликта, имѣвшаго мѣсто между палатами.

ской точки зрѣнія тѣ гарантіи, которыми правительство Асквита сочло необходимымъ обставить примѣненіе порядка, предусматриваемаго вето-биллемъ.

Что касается сокращенія легислатуры съ семи лѣтъ до пяти, то, помимо приведенныхъ уже соображеній необходимо замѣтить, что оно почти ничего не мѣняетъ въ англійской дѣйствительности, такъ какъ съ 1880 по 1910 годъ въ Англіи было семь парламентовъ—4 либеральныхъ, средняя продолжительность парламентской жизни которыхъ равнялась всего тремъ годамъ, и 3 консервативныхъ (средняя продолжительность $5^{2}|_{3}$ года).

Вторая же гарантія (промежутокъ въ два года между принятіемъ и утвержденіемъ билля) является недостаточной для того, чтобы обезпечить въ полной мѣрѣ осуществленіе наиболѣе яркой тенденціи XIX и XX вѣка—требованіе согласованности законодательства съ мнѣніями націи. Въ самомъ дѣлѣ, представимъ себѣ, что вновь устанавливаемый порядокъ упрощеннаго законодательства дѣйствовалъ бы въ Англіи во время конфликта 1893 года. Тогда билль объ ирландскомъ гомрулѣ сталъ бы закономъ королевства „можетъ быть для блага государства“, какъ иронически замѣчаетъ Бальфуръ, но „вопреки мнѣніямъ народа, выраженнымъ на выборахъ 1895 года“.

А съ другой стороны и сами либералы жестоко упрекали консерваторовъ, когда они въ 1902 году, пользуясь отсутствіемъ сдержки въ видѣ второй палаты, расширили мандатъ, данный имъ на выборахъ 1900 года, и провели Education Bill (школьный билль), не вотированный избирателями [1]).

Оба эти прецедента доказываютъ, что парламентъ и „fresh the polls“ и въ первые два года своей дѣятельности можетъ отступить отъ тѣхъ общихъ рамокъ, которыя были намѣчены избирателями. „Исправленная и дополненная“ англійская конституція гарантіи противъ такой возможности не даетъ, а гарантія эта тѣмъ болѣе необходима теперь, что именно за послѣднія десятилѣтія избиратель голосуетъ теперь уже не за Гладстона или Дизраэли, а за отдѣльные конкретные вопросы, составляющіе „issue“ выборовъ.

---

[1]) См., напримѣръ, Stead, op. cit, p. 104—105 и главнымъ образомъ рѣчь Асквита: „Parliamentary Debates“ vol. XXV, 1911, p. 1697.

Уже первый опытъ, первый билль, къ которому будетъ по теоріи вѣроятности примѣненъ новый законодательный порядокъ—ирландскій гомруль—даетъ примѣръ, если и не такой опасности, то по крайней мѣрѣ ея возможности. Въ самомъ дѣлѣ, въ прошломъ гомруль имѣетъ біографію, доказывающую, что раньше онъ не пользовался симпатіями большинства избирателей: неудачи 1885—86 г., 1895 годъ, полученіе либералами въ 1906 году, когда партія официально отказалась отъ немедленнаго проведенія гомруля, большинства, на 77 превышающаго всѣ остальныя вмѣстѣ взятыя партіи, и значительное уменьшеніе этого большинства, когда въ 1910 году вопросъ снова показался на отдаленномъ горизонтѣ. Въ настоящемъ—выборы декабря 1910 года, во время которыхъ многіе министры даже не упоминали о гомрулѣ, 56 процентовъ кандидатовъ въ депутаты отъ Англіи и Уэльса въ своихъ печатныхъ программахъ также обошли молчаніемъ этотъ вопросъ (241 изъ 432) и только 83 высказали свое мнѣніе въ категорической формѣ [1]). Правда, во время своей рѣчи въ Albert-Hall'ѣ Асквитъ коснулся вопроса о гомрулѣ, но, какъ справедливо указалъ Бальфуръ, упомянуть о какомъ-либо предметѣ передъ избирателями даже въ совершенно ясной „грамматической“ формѣ еще вовсе не значитъ поставить его передъ страной, а тѣмъ болѣе „сдѣлать на немъ выборы“. Такимъ образомъ можно было бы съ нѣкоторой долей вѣроятности утверждать, что первый пробный камень на новомъ законодательномъ пути даетъ внушительный поводъ для самыхъ печальныхъ предсказаній.

Однако, въ виду того, что нѣкоторыя основанія въ свою пользу имѣетъ и тотъ взглядъ, что избиратели, голосуя за отмѣну абсолютнаго вето палаты лордовъ, не могли не сознавать возможности проведенія при новомъ порядкѣ ирландскаго гомруля,—мы не склонны считать этотъ (вѣроятно) первый опытъ безспорнымъ прецедентомъ.

Но остается въ будущемъ возможность утвержденія со стороны той или иной партіи, что страна уже заранѣе высказала согласіе на всѣ мѣры, проектируемыя прави-

---

[1]) „Parliamentary Debates“ vol. XXIV, 1911, p. 1128, p. 1152, p. 1374.

тельствомъ, хотя и не обсужденныя избирателями, въ Англіи, представляющая особенную опасность вслѣдствіе отсутствія постановленій, гарантирующихъ неприкосновенность наиболѣе важныхъ сторонъ государственной ея жизни.

Во всѣхъ странахъ, гдѣ принята однопалатная система (Грецiя, Болгарія, Черногорія, за послѣднее время Сербія, Андорра, Коста-Рика, Гватемала, Санъ-Доминго, Сальвадоръ, Гондурасъ—и нѣкоторыя нѣмецкія государства [1]); существуютъ и писанныя конституціи, въ большей или меньшей степени ограждающія основные устои государства.

Въ противоположность этому въ Англіи самыя основы государственной жизни могутъ быть поколеблены случайно образовавшимся въ палатѣ общинъ большинствомъ. Считая многія изъ предположеній, высказавшихся во время парламентскихъ преній съ консервативныхъ скамей, невѣроятными (напримѣръ, уничтоженіе монархіи и т. п.), мы считаемъ необходимымъ указать на вполнѣ возможный случай: измѣненіе порядка законодательства, устанавливаемаго вето-биллемъ, при выяснившимся неудобствѣ его примѣненія.

Но когда консерваторы предложили изъять отъ дѣйствія вето-билля нѣкоторые вопросы конституціоннаго характера, то либералы отказались сдѣлать это, мотивируя свой отказъ нежеланіемъ проводить чуждую англійской конституціи границу между обыкновенными и основными законами и ненужностью этой гарантіи.

Нельзя не сознаться, что мотивировка эта при создавшихся условіяхъ не является вполнѣ убѣдительной. Во 1) съ исторической точки зрѣнія англійская конституція уже знаетъ попытку отдѣленія основныхъ законовъ отъ обыкновенныхъ въ Instrument of government Кромвэля отъ 1653 года. Во 2) чуждые нѣмецкой доктринѣ, отличающей акты управленія отъ актовъ законодательства, авторы вето-билля уже создали различный законодательный порядокъ для финансовыхъ и общихъ биллей. Въ 3) либералы сами отступили отъ принципіальной позиціи, согласив-

---

[1]) См. P. Posener „Die Staatsverfassungen des Erdballs“.

шись на то, чтобы поставить подъ особую охрану билли, расширяющіе срокъ легислатуры выше 5 лѣтъ [1]).

Но извѣстную важность представляетъ и то обстоятельство, что всѣ мѣры эти могутъ быть приняты палатой общинъ большинствомъ хотя бы одного голоса. Консерваторы предложили допустить примѣненіе вето-билля только при наличности квалифицированнаго большинства въ 100 голосовъ on the Third Reading [2]), но получили отъ либераловъ тотъ же отвѣтъ: англійской конституціи и англійскому праву принципъ квалифицированнаго большинства не извѣстенъ. Между тѣмъ утвержденіе либераловъ не вполнѣ соотвѣтствуетъ истинѣ: помимо практики трэдъ-юніоновъ, допускающихъ принципъ квалифицированнаго большинства (хотя Барнесъ и увѣряетъ, что ему грозитъ вымираніе),—standing Order палаты общинъ требуетъ, чтобы при закрытіи преній не менѣе 100 человѣкъ голосовало въ большинствѣ („If when a Division has been taken it appears by the Members declared by the Chair, that not less than 100 Members voted in the majority in support of the motion“ [3]). Это требованіе не можетъ быть толкуемо, какъ простое требованіе кворума, ибо въ немъ рѣчь идетъ не о количествѣ голосующихъ, а о количествѣ голосующихъ въ большинствѣ, т.-е. о регламентаціи большинства. Наконецъ, сама англійская либеральная ассоціація въ § 45 своихъ правилъ сочла необходимымъ установить для измѣненія нѣкоторыхъ пунктовъ своей программы то требованіе квалифицированнаго большинства, ненужность котораго она признаетъ при разсмотрѣніи основныхъ устоевъ государственной жизни.

Это отсутствіе квалифицированнаго большинства представляетъ собенную опасность въ Англіи вслѣдствіе партійной системы правленія, при которой троекратное голосованіе въ трехъ парламентскихъ сессіяхъ является простою формальностью. Это обстоятельство представляетъ такое значеніе, что оно затмеваетъ, если можно такъ

---

[1]) „Parliamentary Debates“ vol. XXIV, 1911, p. 1105 ets. Асквитъ объясняетъ поведеніе правительства тѣмъ обстоятельствомъ, что послѣднее все равно никогда не допустило бы „such an outrage on the constituencies“. Объясненіе это, безъ сомнѣнія, весьма знаменательно.

[2]) „Parliamentary Debates“ поправка Ph. Magnus'a, vol. XXIV, 1911, p. 1608.

[3]) См. „Parliamentary Debates“ 1911, vol. XXIII, p: 2091—2092.

выразиться, вопросъ объ эластичности и спорности самаго понятія парламентской сессіи, допускающаго такія колебанія, какъ сессія въ ноябрѣ 1900 года продолжительностью въ десять дней и сессія 1902 года съ января по рождественскія вакаціи [1]).

Въ парламентскихъ дебатахъ встрѣчаются и другіе упреки по адресу авторовъ вето-билля. Нѣкоторыя изъ нихъ заслуживаютъ того, чтобы быть отмѣченными. Прежде всего сюда относится новозможность измѣненія билля, внесеннаго правительствомъ въ палату общинъ. Въ самомъ дѣлѣ, вето-билль предусматриваетъ только одинъ путь исправленія возбуждающаго сомнѣнія проекта: принятіе поправокъ, сдѣланныхъ верхней палатой, нижней. Но какъ разъ этотъ способъ имѣетъ мало шансовъ. Гораздо вѣроятнѣе, что подъ вліяніемъ ли критики или новыхъ событій правительство само придетъ къ мысли внести измѣненія въ билль, какъ это было со школьнымъ биллемъ (Education Bill) 1906 года, трижды исправлявшимся правительствомъ и трижды вносившимся въ нижнюю палату главою вѣдомства Mr. Runciman'омъ [2]).

Теперь правительство и общины не могутъ пойти такимъ путемъ и безсильны исправить признанные ими дефекты билля, иначе это будетъ новый билль, большею частью за пропускомъ срока уже не могущій быть проведеннымъ въ порядкѣ новаго законодательства. Правительство признаетъ это неудобство и парируетъ его тѣмъ утвержденіемъ, что кабинетъ будетъ редактировать билль, имѣя въ виду указанное обстоятельство, насколько только возможно („as possible“) тщательно. Но если и раньше для правительства возникала необходимость внести измѣненія въ ранѣе имъ выработанный билль, то теперь нѣтъ никакихъ основаній говорить о болѣе неуязвимой законодательной работѣ кабинета, скорѣе наоборотъ, ибо раньше правительство имѣло возможность и время всесторонне обсудить законопроектъ, а теперь оно должно, имѣя въ виду новый законодательный порядокъ, какъ можно скорѣе (тотчасъ по вступленіи въ должность) внести билль въ нижнюю палату.

---

[1]) Сравн. „Parliamentary Debates“ vol XXIV, p. 1723.

[2]) Объ исторіи Education Bill'я 1906 см., между прочимъ, „Parliamentary Debates“ Lords, 1911, vol. VIII, p. 741.

Кромѣ того, нельзя не обратить вниманія еще на одну сторону вопроса. Либералы требуютъ препондерантнаго для палаты общинъ положенія вслѣдствіе того, что она является зеркаломъ страны. Но зеркало это, по нашему мнѣнію, далеко не отличается безукоризненной правильностью. Достаточно указать на то, что въ 1874 и 1886 гг. большинство избирателей было представлено меньшинствомъ депутатовъ въ парламентѣ, въ 1900 году большинство должно было равняться въ парламентѣ 16, а на самомъ дѣлѣ составляло 134, въ 1906 году должно было равняться 54, а равнялось 300 [1]).

Лишенное принципіальнаго характера, это соображеніе имѣетъ громадное актуальное значеніе, способное, по нашему мнѣнію, повліять и на сторонниковъ ярко доминирующаго положенія нижней палаты. Вѣдь, беря примѣръ изъ той же плоскости, хотя и въ другомъ масштабѣ, мы не думаемъ, чтобы многіе сторонники парламентарнаго образа правленія такъ энергично настаивали бы на немъ, если бы они знали, что принципу этому придется функціонировать при наличности какой-либо французской Chambre introuvable.

Важенъ не только принципъ, важны и условія его примѣненія.

Кромѣ того, необходимо отмѣтить, что вето-билль не устраняетъ главнаго недостатка прежней конституціонной системы: неравенства въ положеніи партій. Если считать, что отстрочка въ два года, устанавливаемая вето-биллемъ для спорныхъ проектовъ,—серьезная гарантія, то все же придется признать, что она существуетъ только для одной стороны, только для либераловъ, въ то время какъ консерваторы попрежнему, располагая большинствомъ въ нижней палатѣ, остаются полновластными хозяевами положенія. Наоборотъ, можно представить себѣ діаметрально противоположное положеніе вещей при либералахъ, когда во время соціальнаго кризиса (подобно тому, какъ это было съ биллемъ объ опредѣленіи минимума заработной платы) весь смыслъ закона заключается въ быстромъ его проведеніи, когда обще-

---

[1]) См., напримѣръ, „Parliam. Debates“ vol. XXIV, p. 1617, „Encyclopaedia Britannica“ vol. XXIII, XI Edition, p. 115 и подр. въ статьѣ автора въ „Правѣ“.

ственное мнѣніе ясно высказывается въ пользу билля,— и правительство все же безсильно благодаря оппозиціи безотвѣтственной палаты провести его до истеченія двухлѣтняго промежутка времени. Въ этомъ смыслѣ имѣетъ значеніе само по себѣ неправильное утвержденіе статсъ-секретаря по дѣламъ Ирландіи Бирреля объ увеличившемся объемѣ правъ палаты лордовъ, права которой до выработки вето-билля цѣликомъ и рѣшительно покоились на столь искусственнымъ основаніи, что никто не могъ сказать „въ чемъ они дѣйствительно заключались“ („what they are“) [1]).

Наконецъ, мы переходимъ къ тому вопросу, который быть можетъ, представляетъ наибольшій интересъ при изслѣдованіи всѣхъ возможныхъ послѣдствій новаго законодательнаго порядка. Мы имѣемъ въ виду то обстоятельство, что вето-билль грозитъ вызвать измѣненіе въ конституціонномъ положеніи монарха. Въ воображеніи нѣкоторыхъ изъ консервативныхъ ораторовъ грядущія измѣненія въ этомъ отношеніи рисуются въ слѣдующихъ чертахъ. Когда широкіе круги населенія увидятъ, что посредствомъ новаго законодательнаго порядка проводится безъ апелляціи къ избирателямъ какая-либо революціонная мѣра, не пользующаяся сочувствіемъ народа, кто можетъ помѣшать имъ обратиться за защитой „to the steps of the Thron“ и просить корону употребить въ дѣло свое право-вето; не примѣнявшееся съ 1707 года [2]). Хотя Асквитъ и другіе либеральные политики говорятъ, что вето короны „as dead as Queen Anne [3]) (также умерло, какъ королева Анна),—несомнѣнно (и большинство авторитетныхъ комментаторовъ англійской конституціи придерживается этого взгляда) [4]), что при извѣстныхъ условіяхъ оно можетъ воскреснуть. Сами консерваторы не скрываютъ отъ себя тѣхъ опасностей, которыми было бы чревато возобновленіе примѣненія давно уснувшаго права, и предлагаютъ поэтому переложить бремя отвѣтственности за неутвержденіе билля съ плечъ монарха на общее собраніе Тайнаго Совѣта (Privy Council), должен-

---

[1]) Parliamentary Debates, 1910, v. XV, p. 1346.
[2]) „Parliam. Debates“ vol. XXIV, p. 1140 и 1144.
[3]) Todd. „Parliamentary Government in England“ 1892, v. I, p. 3, v. II p. 70 Lowell „De gouvernement de l'Angleterre“ 1910, v. I, p. 33 и др.
[4]) „Parliam. Debates“ v. XXIV, p. 1110.

ствующее предварительно разсмотрѣть этотъ вопросъ [1]). Но помимо того, что передать такую функцію „тайнымъ совѣтникамъ", которымъ въ настоящее время „никакихъ тайнъ не довѣряютъ и у которыхъ никакихъ совѣтовъ не спрашиваютъ",—значило бы только создать вмѣсто второй третью палату, покоящуюся на еще болѣе искусственномъ основаніи,—самый вопросъ объ условіяхъ примѣненія права королевскаго вето представляется пока преждевременнымъ, такъ какъ необходимыя для его пробужденія предпосылки еще не обрисовались достаточно рельефно въ англійской конституціи. Въ самомъ дѣлѣ, даже тѣ авторы, которые, подобно Todd'у, стоятъ на точкѣ зрѣнія возможности воскресенія вето, допускаютъ его (въ настоящихъ условіяхъ совершенно справедливо) лишь подъ отвѣтственностью кабинета [2]). Между тѣмъ это меньше всего то, что нужно при новомъ законодательномъ порядкѣ; совершенно очевидно, что охрана страны отъ „temporary, precarious and insignicant majurity" [3]) по выраженію Асквита—и произвола правительства не можетъ осуществляться подъ отвѣтственностью и съ согласія повиннаго въ произволѣ кабинетѣ. Ergo, если королевская власть должна сыграть (въ большей или меньшей степени) самостоятельную роль при новомъ конституціонномъ строѣ, то не путемъ возрожденія права вето, а какимъ-то другимъ путемъ. Мы думаемъ, что путемъ права короны давать отставку кабинету (dismissal) и распускать палату общинъ (dissolution). По существу, это означало бы возвращеніе къ прецедентамъ 1784, 1807 и 1834 годовъ, въ свое время возбуждавшимъ ожесточенные споры между политическими дѣятелями и теперь долженствующими измѣнить нѣсколько свою природу для того, чтобы быть въ состояніи способствовать выполненію демократическихъ задачъ нашего времени. Напомнимъ въ самыхъ общихъ чертахъ читателю, въ чемъ заключаются эти прецеденты.

Въ 1783 году въ министерство Фокса и Норта лордъ Thurlow „открылъ королю глаза" на билль объ управле-

---

[1]) „Parliam Debates" v. XXIV, p. 86.
[2]) Сравн. „Parliam. Debates" v. XXIV, p. 1140. Lowell, op. cit, p. 33.
[3]) См. „Parliam. Debates" v. XXIV, p. 1474.

ніи въ Индіи. Король, сдѣлавшись ярымъ противникомъ билля, уполномочилъ лорда Temple заявить въ палатѣ лордовъ, что король будетъ считать своимъ врагомъ каждаго, кто будетъ голосовать за билль. Лорды отвергли послѣдній, и Георгъ III назначилъ новое министерство, поставивъ во главѣ его Питта. Питтъ, хотя и былъ въ меньшинствѣ въ палатѣ общинъ, нѣкоторое время воздерживался отъ роспуска (что является явнымъ нарушеніемъ конвенціонныхъ соглашеній), а затѣмъ произвелъ роспускъ и получилъ большинство на выборахъ, показавшихъ по мнѣнію подавляющаго большинства государствовѣдовъ, что избиратели въ 1784 году одобрили отставку, данную Георгомъ III коалиціонному кабинету Фокса и Норта. Въ 1807 году произошелъ второй случай отставки кабинета по настоянію монарха: пало министерство лорда Гренвилля, отказавшееся дать письменное обѣщаніе никогда больше не вносить билля, подобнаго взятому обратно согласно волѣ короны биллю объ отмѣнѣ ограниченій по отношенію къ католикамъ [1]).

Третій прецедентъ 1834 года, имѣющій такое же важное значеніе, какъ и первый, заключался въ томъ, что Вильгельмъ IV, будучи возстановленъ противъ Irish Church Bill'я, далъ отставку либеральному кабинету и по совѣту герцога Веллингтона назначилъ премьеромъ Роберта Пиля. Одновременно былъ произведенъ роспускъ, но страна на этотъ разъ въ противоположность президентамъ 1784 и 1807 годовъ высказалась противъ короны и вернула къ власти либеральный кабинетъ, хотя правительственныя скамьи очень сильно порѣдѣли.

Въ этихъ случаяхъ корона проявляла максимумъ самостоятельной власти, благодаря имъ, главнымъ образомъ, признавалась она всѣми въ началѣ XIX вѣка „separat authority". [2]) Но съ Викторіи имя королевы не упоминается болѣе въ дебатахъ. [3]) Правда, въ 1868 году Гладстонъ еще говорилъ королевѣ, что наиболѣе правильнымъ съ его точки зрѣнія выходомъ изъ положенія является роспускъ палаты общинъ, но если, по мнѣнію

---

[1]) См. Todd „Parliamentary Government in England" p. vol. I, p. 62—72; Ers. May „Constitutional History" vol. I. p. 123 ets.

[2]) Рѣчь Cecilя см. „Parliament. Debates" vol. XXV, p. 167.

[3]) Lowell, op. cit, p. 50.

королевы, интересамъ страны болѣе соотвѣтствуетъ сформированіе новаго кабинета, то онъ готовъ подать въ отставку; [1]) правда личное вліяніе послѣднихъ царствовавшихъ монарховъ въ томъ смыслѣ, какъ объ этомъ говорилъ лордъ Дэрби, [2]) въ періодъ сформированія воли кабинета, скорѣе усилилось, чѣмъ ослабѣло, но самостоятельная, независимая отъ кабинета роль короны сведена почти на нѣтъ.

Намъ кажется, что въ настоящее время вето-билль создалъ тѣ условія, при которыхъ, употребляя въ другомъ смыслѣ выраженіе Сіэса, монарху снова приходится быть „великимъ избирателемъ“. Монарху снова приходится (въ совершенно исключительныхъ, конечно, случаяхъ) выбирать моментъ роспуска парламента и отставки кабинета тогда, когда правящая партія не думаетъ ни о томъ, ни о другомъ.

Отвѣчая на возраженія противниковъ вето-билля, Асквитъ какъ-то указалъ, что въ 99 случаяхъ изъ ста законодательныя мѣры, проведенныя новымъ путемъ, въ случаѣ ихъ несостоятельности могутъ быть впослѣдствіи отмѣнены. Но, очевидно, что въ томъ одномъ случаѣ изъ ста, гдѣ, и по мнѣнію перваго министра, послѣдующей отмѣны быть не можетъ, нужна особая и сугубая осторожность, особыя гарантіи, отсутствіе которыхъ и приводитъ насъ къ мысли о возможномъ измѣненіи въ конституціонномъ положеніи монарха.

Такая возможность тѣмъ вѣроятнѣе, что король имѣетъ полную юридическую возможность выслушивать совѣты нѣкоторыхъ лицъ, не входящихъ въ составъ кабинета. Каждый пэръ можетъ выступать въ роли совѣтника короны. Англійская парламентская исторія знаетъ рядъ такихъ прецедентовъ: въ 1827 году герцогъ Ньюкэстль-

---

[1]) Приведено у Morley „Life of W. Gladstone“ vol II, p. 248.

[2]) „Авторитетъ короны не зависитъ отъ вето..., но онъ выражается въ особенности въ той власти и вліяніи, которыя суверенъ осуществляетъ по отношенію къ своимъ министрамъ и черезъ нихъ посредство по отношенію къ двумъ палатамъ и которыя даютъ ему возможность оцѣнивать законы до того, какъ они предложены парламенту, а не послѣ того какъ они приняты“. Цитирую по Pierre Le Vasseur: „Le cabinet britannique“ p. 125. Hearn приводитъ примѣръ такого „предварительнаго“ вето короны: въ 1858 году были сдѣланы согласно желанію королевы измѣненія въ биллѣ о желѣзныхъ дорогахъ, которому въ противномъ случаѣ королева отказала бы въ своемъ согласіи. Hearn „The government of England“, p. 63.

скій, въ 1851 году герцогъ Веллингтонъ, въ 1852 и 1855 годамъ маркизъ Лэнсдоунъ являлись совѣтниками короны именно въ качествѣ пэровъ. [1]) Правда, за послѣднее время эта практика вышла изъ употребленія, но, говоря словами Todd'a,,, могутъ наступить обстоятельства, которыя сдѣлаютъ неизбѣжнымъ для короля въ интересахъ сохраненія самой конституціи обращеніе за совѣтомъ и помощью не къ кабинету". [2])

Само собою разумѣется, что обращеніе это не должно протекать въ условіяхъ, могущихъ привести къ подобію Star Chamber или „друзей короля" Георга III. Но здѣсь возникаетъ новая трудность, какимъ же образомъ можно поставить эти вѣхи, ограничивающія произвольное усмотрѣніе монарха, какимъ образомъ можно создать необходимыя гарантіи въ вопросѣ, предоставленномъ именно единоличному его рѣшенію, въ вопросѣ объ отставкѣ кабинета, опирающагося на разошедшееся съ общественнымъ мнѣніемъ большинство палаты общинъ. Принципъ „король не можетъ поступать неправильно, казалось бы, создаетъ въ этомъ вопросѣ атмосферу полной безотвѣтственности, едва ли не худшей, чѣмъ вовремена абсолютнаго вето верхней палаты. Вѣдь на самомъ дѣлѣ французская конституціонная теорія начала XIX вѣка причисляла право назначенія министровъ (вмѣстѣ съ вето, роспускомъ парламента), къ такимъ актамъ, которые являются опредѣляющимъ признакомъ главы государства и потому составляютъ предметъ его исключительнаго вѣдѣнія и безотвѣтственнаго рѣшенія. [3]) Mr. Perceval въ 1807 году во время упомянутаго конфликта между короной и кабинетомъ воспринялъ эту точку зрѣнія и утверждалъ, что вновь образованное имъ министерство не должно принимать на себя отвѣтственности за „промежуточные" акты короны и отставку прежняго кабинета. Однако, Mr. Perceval, насколько намъ извѣстно, явился единственнымъ авторитетнымъ и дѣйственнымъ представителемъ этой доктрины въ Англіи, и побѣду одержала противополож-

---

[1]) Todd „Parliamentary Government in England" vol. I, p. 115.
[2]) Todd „Parliamentary Government in England" p. 62, vol. I.
[3]) Compte de Lanjuinin „Constitution de la nation française". I, p. 198. Подробнѣе см. Matter „La dissolution des assemblées parlementaires" p. p. 43, 65 и статью Б. Е. Шацкаго „Роспускъ парламентовъ" (Очеркъ по теоріи и исторіи конституціоннаго права) въ „Образованіи" апр. и май. 1909 г.

ная точка зрѣнія отвѣтственности новаго кабинета за предшествующіе его назначенію акты короны, выставленная въ 1874 году Питтомъ и окончательно закрѣпленная въ 1834 году Робертомъ Пилемъ. [1])

Такимъ образомъ единственно допустимая въ этомъ случаѣ гарантія есть возможность сформированія новаго кабинета, согласнаго принять на себя отвѣтственность за отставку министерства и роспускъ палаты общинъ. Такая гарантія уже имѣла случай быть примѣненной въ Англіи въ 1820 году, когда Георгъ IV хотѣлъ, обвинивъ Каролину въ преступленіи, развестись съ нею, не нашелъ сочувствія въ своихъ министрахъ, далъ имъ отставку и даже тогда, при слабомъ, сравнительно, развитіи общественнаго мнѣнія, не могъ подыскать имъ замѣстителей.

Поэтому намъ кажется, что лидеръ оппозиціи Бальфуръ былъ правъ и съ исторической и съ правно-политической точекъ зрѣнія, когда, возражая Черчиллю, утверждавшему, что король ничего не можетъ дѣлать безъ кабинета,—[2]) онъ указывалъ: „изъ исторіи совершенно ясно..., что король можетъ назначать министровъ, не выражающихъ волю парламента, расчитывая на поддержку страны.“ [3]) И любопытно отмѣтить въ подтвержденіе этой точки зрѣнія, раздѣляемой Тоддомъ, [4]) Лоуэллемъ,[5]) Энсономъ, [6]) Эрск. Мэемъ [7]) Гью Сесилемъ, [8]) Бетчеромъ и др.,—что такой тонкій юристъ, какъ членъ либеральнаго кабинета Англіи Руфусъ Айзексъ (генералъ-соллиситоръ), возражая на аргументацію консерваторовъ, высказался категорически противъ вето короны, но ни слова не сказалъ противъ власти монарха дать отставку кабинету и распустить нижнюю палату. Конечно, такое расширеніе правъ короны даже при условіи послѣдующей отвѣтственности новаго кабинета можетъ повести къ вовлеченію короны въ партійную и политическую борьбу. До-

---

1) Todd „Parliamentary Government“ vol. I, p. 112.
2) „Parliamentary Debates“ vol. XXIV, p. 1465—1466.
3) „Parliamentary Debates“ vol. XXV, p. 161—162.
4) Todd, op. cit., p. 109, vol. I.
5) Lowell „Le gouvernement de l'Angleterre“ vol. I, p. 41.
6) Энсонъ „Англійскій парламентъ“ стр. 272—273.
7) Ers. May „Constit. History“ v. I, p. 123 ets.
8) „Parliamentary Debates“ v. XXV, p. 167.

статочно указать на то обстоятельство, что англійскій монархъ уже теперь оказался вовлеченнымъ въ эту борьбу и вызвалъ 7 августа 1911 года косвенное осужденіе Бальфура, упрекавшаго Асквита за полученіе обѣщанія о созданіи пэровъ отъ короля, который не имѣетъ „long personal experience of public affairs, which some of his great predecessors enjoed". Въ отвѣтъ на что съ разныхъ скамей раздались восклицанія: „Вы порицаете короля" („Jou are censuring the King"). [1])

А съ другой стороны, Асквитъ въ своей рѣчи указалъ, каково было бы положеніе короны, если бы монархъ согласно желаніямъ консерваторовъ отказался дать согласіе на созданіе пэровъ безъ новой апелляціи къ избирателямъ: „Роспускъ въ такомъ случаѣ былъ бы произведенъ въ условіяхъ, при наличности которыхъ было бы невозможно исключить имя и авторитетъ короля изъ области партійной политики". [2])

Такимъ образомъ изъ изложеннаго явствуетъ, что такое измѣненіе конституціоннаго положенія монарха имѣетъ и свои весьма опасныя стороны и послѣдствія, но не дѣло изслѣдователя, руководствуясь своими симпатіями, затушевывать развертывающуюся картину будущаго развитія. Намѣтить основныя его линіи, *возможные* его пути— вотъ задача представляющая самостоятельную цѣнность и интересъ.

III.

Основная ошибка авторовъ вето-билля заключалась въ томъ, что они опредѣлили функціи палатъ, не опредѣливъ состава одной изъ нихъ. Для палаты лордовъ настоящаго состава права, предоставленныя ей вето-биллемъ, могутъ быть даже черезчуръ обширны; но, для будущей верхней палаты, вырисовывающейся въ Англіи въ свѣтѣ не только демократическаго, но скорѣе и федералистическаго устройства,— права эти чрезвычайно недостаточны.

Принципіальные противники двухпалатной системы

---

[1]) „Parlimentary Debates" 1911, vol. XXIX, p. 796.
[2]) „Parliamentary Debates" 1911, vol. XXIX, p. 812.

(рабочая партія, которая безъ всякихъ колебаній стоитъ на почвѣ резолюціи палаты общинъ 1649 года: верхняя палата представляетъ собою „useles and dangerous institution"), конечно, вполнѣ послѣдовательны, когда привѣтствуютъ вето-билль, какъ первый и весьма важный шагъ къ уничтоженію верхней палаты; былъ бы послѣдователенъ и Асквитъ, если бы онъ внесъ вето-билль въ 1894 году, когда онъ самъ былъ сторонникомъ однопалатной системы. Но сейчасъ, когда вся либеральная партія (за исключеніемъ развѣ одного лорда-адвоката) стоитъ на точкѣ зрѣнія двухпалатной системы, когда отказъ отъ послѣдней вызвалъ бы, по словамъ Грэя, „осужденіе и гибель партіи",— приданіе постояннаго характера ограниченіямъ, наложеннымъ на верхнюю палату, не можетъ не вызывать нѣкоторыхъ опасеній. Правда, либералы по поводу интересующаго насъ вопроса не заявляли такъ категорически, какъ по поводу финансовыхъ положеній вето-билля, что всѣ принципы новаго законодательнаго порядка должны быть сохранены въ полной своей силѣ независимо отъ будущей реформы верхней палаты „on the popular instead of hereditary basis". Но то обстоятельство, что на десятки обращенныхъ къ нимъ по этому поводу въ парламентѣ вопросовъ, либералы отвѣчали молчаніемъ,— даетъ возможность толковать ихъ позицію въ смыслѣ желанія сохранить и при демократически организованной палатѣ наложенную на нее узду. Только при такомъ объясненіи становятся понятными заявленія представителя правительства маркиза Ripon въ верхней палатѣ въ отвѣтъ на предложеніе Каудора о несвоевременности реформы въ составѣ палаты лордовъ и желаніе кабинета предварительно провести ограниченіе ея правъ[1]). Совершенно очевидно, что гораздо легче доказывать, что безотвѣтственная палата не должна пользоваться правами законодателя, доходя въ своихъ утвержденіяхъ до аргументаціи, построенной на „общемъ" біологическомъ законѣ вырожденія старшихъ представителей рода, чѣмъ

---

[1]) „Parliamentary Debates" 1907, v. 174, Lords, p. 39. Другое подтвержденіе можно найти въ томъ обстоятельствѣ, что либералы категорически отклонили желаніе консерваторовъ ограничить примѣненіе вето-билля заранѣе опредѣленнымъ срокомъ, на чемъ настаивали тоже въ надеждѣ на провозглашенную либералами во введеніи къ биллю (Preamble) скорую реформу состава верхней палаты.

защищать введеніе ограниченій для демократически организованной палаты.

Обратный порядокъ вещей, предшествующая опредѣленію ея правъ реформа состава верхней палаты представляется, тѣмъ менѣе, въ Англіи опасной, что никто изъ отвѣтственныхъ политиковъ Англіи не требуетъ вовсе двухъ палатъ, надѣленныхъ равными правами („coequal Chambers“)[1]). Даже Бальфуръ признаетъ, что нижняя палата должна имѣть безусловно превалирующее значеніе, а верхней палатѣ должно быть предоставлено только право „revision, suspension and delay“.

Здѣсь не мѣсто разсматривать заслуживающій отдѣльнаго изслѣдованія вопросъ о томъ, какъ должна быть организована по своему составу верхняя палата, а достаточно установить только то положеніе, что эта реформа является необходимой предпосылкой правильнаго разрѣшенія проблемы объ отношеніяхъ между палатами.

До реформы верхней палаты всѣ средства разрѣшенія конфликтовъ имѣютъ свои недостатки и ни одно не имѣетъ достоинствъ. Соединенныя Засѣданія палатъ (joint Mittings, joint Session), примѣняющіяся какъ способъ разрѣшенія коллизій, возникающихъ между палатами, въ Норвегіи, Австраліи, Южной Африкѣ, Трансваалѣ, Оранжевой колоніи и для конституціонныхъ измѣненій во Франціи,— до реформы представляются въ Англіи абсолютно невозможными при почти равномъ количествѣ коммонеровъ и пэровъ (670 и 627) и крайнемъ преобладаніи консервативнаго элемента въ верхней палатѣ. Но зато послѣ реформы верхней палаты этотъ методъ устраненія разногласій, даже по признанію Асквита, представляетъ крупныя достоинства и встрѣчаетъ общее сочувствіе теоретиковъ и государственныхъ людей Англіи[2]). И нельзя не сказать, что въ тѣхъ вопросахъ, по отношенію къ которымъ страна не „особенно осторожна и боязлива“ и не „столь хорошо освѣдомлена о всѣхъ его подробностяхъ, что она вмѣшивается въ него... и ясно говоритъ обоимъ

---

[1]) „Parliamentary Debates“ vol. XXV, 1911, p. 460.

[2]) Рѣчь Асквита 29 марта 1910 года: „Я думаю, что можно очень многое сказать въ пользу разрѣшенія конфликтовъ, возникающихъ между палатами, посредствомъ Соединенныхъ Засѣданій“. „Parliamentary Debates“ 1910, v. XV' p. 1175.

законодательнымъ учрежденіямъ, чего она требуетъ[1]),— Соединенныя Засѣданія представляются способомъ, обезпечивающимъ возможность соглашенія между палатами[2]). Соединенные комитеты (joint Committees), принятые въ Соединенныхъ Штатахъ Сѣверной Америки, Испаніи, раньше Португаліи, Бразиліи, Саксоніи, Даніи, которые были предложены консерваторами,— также не могутъ быть введены до реформы. Консерваторы предлагали назначить отъ каждой палаты по сто человѣкъ, но въ въ этомъ обширномъ комитетѣ консерваторы, если взять актуальныя соотношенія силъ, имѣли бы 80 голосовъ отъ палаты лордовъ и 41 отъ общинъ, всего 121, а либералы 20 отъ лордовъ и 59 отъ общинъ, т.-е. всего только 79.

Но все-таки, если стоять на той точкѣ зрѣнія, что верхняя палата должна быть не охранительнымъ сенатомъ континентальнаго типа, а лишь той, по выраженію англичанъ, „сторожевой собакой" (Wach-dog Chamber), которая контролируетъ степень отраженія палатой общинъ желаній населенія, то придется сказать, что наиболѣе пригоднымъ для этого средствомъ является роспускъ палаты общинъ. Придавая высокое значеніе необходимости строгой согласованности между желаніями націи и дѣйствіями депутатовъ,— мы считали бы въ рамкахъ представительнаго строя наиболѣе умѣстной во всѣхъ случаяхъ такую „апелляцію отъ парламента № 1 къ парламенту № 2". Но, варьируя выраженіе Сиднея Лоу, необходимо признать, что нельзя однимъ и тѣмъ же тяжелымъ молотомъ разбивать и серьезное препятствіе и легкій орѣхъ. Если обѣ палаты парламента (подчеркиваемъ, что мы имѣемъ въ виду реформированныя палаты) согласны разрѣшить спорный вопросъ въ Соединенномъ Засѣданіи, нѣтъ основаній отказывать имъ въ этомъ желаніи (съ точки зрѣнія противника непосредственнаго

---

[1]) Temperley въ „Senates and Upper Chambers" справедливо замѣчаетъ, что единственное преимущество большого количества партій въ странѣ надъ двухпартійной системой проявляется въ большей успѣшности метода Соединенныхъ Засѣданій палатъ. На конференціи, происходившей между партійными лидерами и либеральной и консервативной партій (на которой отъ либераловъ участвовали: Асквитъ, Ллойдъ-Джоржъ, Крю и Биррель, а отъ консерваторовъ—Бальфуръ, Остинъ Чемберленъ, Лэнсдоунъ и Каудоръ) принципъ Соединенныхъ Засѣданій, насколько можно судить по парламентскимъ отчетамъ, былъ положенъ въ основаніе переговоровъ. „Parliamentary Debates" v. XXIV, p. 1668.

народоправства, разумѣется)[1]). Если одна изъ нихъ требуетъ передачи вопроса на голосованіе „политическаго суверена Англіи“ — народа, — роспускъ и послѣдующіе выборы укажутъ, кто былъ правъ въ конфликтѣ между палатами.

Конечный нашъ выводъ тотъ, что на конституціонномъ циферблатѣ необходимо долженъ существовать такой регуляторъ, который далъ бы возможность исправлять направленіе его стрѣлокъ, способныхъ иногда уклоняться отъ предначертаннаго избирателями пути.

Б. Е. Шацкій.

---

[1]) Мы совершенно не коснулись въ этой статьѣ вопроса о референдумѣ только потому, что послѣднему нами посвящено отдѣльное изслѣдованіе, напечатанное въ „Вопросахъ Права“, кн. III, 1911. Въ этомъ контекстѣ достаточно отмѣтить, что въ указанной статьѣ проводится отрицательный взглядъ на возможность введенія въ Англіи референдума, какъ способа разрѣшенія конфликтовъ между палатами.

Охрана личныхъ правъ авторовъ въ новомъ законѣ объ авторскомъ правѣ 20-го марта 1911 года.

(Докладъ Казанскому Юридическому О-ву 26-го февраля 1911 года).

Авторское право въ томъ смыслѣ, въ какомъ этотъ терминъ употребляется и въ законодательствахъ и въ литературѣ, имѣетъ своей цѣлью защиту матеріальныхъ интересовъ авторовъ и ихъ наслѣдниковъ путемъ обезпеченія за ними исключительнаго права тѣмъ или инымъ способомъ получать гонораръ съ ихъ произведеній. Но, защищая матеріальные интересы авторовъ, законодательства въ законахъ, трактующихъ объ авторскомъ правѣ, попутно охраняютъ и нѣкоторые чисто личные интересы авторовъ, запрещая, напримѣръ, всякому и каждому выдавать чужія произведенія за свои, опубликовывать впервые чужія сочиненія безъ согласія авторовъ и т. п. Долгое время охрана этихъ личныхъ интересовъ авторовъ не обращала на себя вниманія литературы, и лишь за послѣднее, сравнительно, время въ Германіи былъ поднятъ вопросъ о юридической природѣ этихъ правъ и объ ихъ отношеніи къ авторскому праву въ тѣсномъ смыслѣ этого слова. Большое значеніе въ выясненіи этого сложнаго и интереснаго вопроса имѣли труды берлинскаго профессора Колера.[1]) Въ результатѣ въ новѣйшей нѣмецкой литературѣ укрѣпилось воззрѣніе, что личныя права автора („Persönlichkeitsrechten"), состоящія, напримѣръ, въ правѣ на то, чтобы никто не опубликовывалъ книги безъ согласія автора, или чтобы никто не выдавалъ его произведеній за свои, являются по отношенію къ авторскому праву совершенно самосто-

---

[1]) J. Kohler „Das Autorrecht" 1880, „Urheberrecht an Schriftwerken und Verlagsrecht" 1907 г.

ятельными юридическими институтами, не стоящими съ нимъ въ какой-либо неразрывной связи. Выводъ, несомнѣнно, вполнѣ правильный, такъ какъ для каждаго ясно, что предоставленіе авторомъ своего произведенія въ общественное пользованіе никоимъ образомъ не можетъ давать права всякому и каждому выдавать это произведеніе за свое; точно также произведеніе автора можетъ быть такого рода, что авторскаго права на него закономъ не дается, но тѣмъ не менѣе это еще не значитъ, что всякій можетъ огласить или опубликовать это произведеніе безъ согласія автора. Мы лично полагаемъ, что и по природѣ своей эти права различны: если авторское право относится къ категоріи правъ исключительныхъ, личныя права автора должны быть отнесены къ до сихъ поръ еще малоизслѣдованной области правъ, носящихъ у насъ въ Россіи не особенно удачное названіе „правъ на собственную личность“. Къ сожалѣнію, однако, это ученіе, широко распространенное въ нѣмецкой литературѣ, [1]) осталось совершенно неизвѣстнымъ составителямъ нашего новаго закона объ авторскомъ правѣ. Къ такому выводу мы приходимъ изъ того, что не только ни въ Думѣ ни въ Государственномъ Совѣтѣ никто не обмолвился о необходимости строго различать эти двѣ категоріи правъ, но и въ самомъ законѣ хотя нѣкоторыя личныя права авторовъ и получили защиту по примѣру западныхъ законодательствъ, но права эти были подведены подъ понятіе авторскаго права, связаны съ нимъ, вслѣдствіе чего и защита эта оказалась весьма несовершенной, какъ бы случайной. Задача настоящей статьи и заключается въ томъ, чтобы, выдѣливъ эти личныя права авторовъ, установить, къ какимъ результатамъ привело подобное отношеніе къ нимъ со стороны нашего закона.

I. Наиболѣе важнымъ изъ личныхъ правъ автора является, если можно такъ выразиться, его „право на авторство“, состоящее въ запрещеніи всѣмъ и каждому

---

[1]) Во Франціи также за послѣднее время начали трактовать особо о моральныхъ правахъ авторовъ—см., напр., Huard, „Traité de la propriété intellectuelle“ t. I. 1903 p. 291—298.

выдавать его произведенія за свои. Право это можетъ быть нарушено какъ относительно цѣлаго произведенія, такъ и относительно какой-либо его части,—напримѣръ, когда кто-либо помѣщаетъ въ своей книгѣ отрывки изъ чужого произведенія, не указывая источника заимствованія. Право на авторство было извѣстно нашему законодательству и раньше въ видѣ противуположенія контрафакціи, какъ нарушенія авторскаго права,—плагіату, хотя это различіе было выражено столь неясно, что породило большое разногласіе въ литературѣ относительно его значенія. Новый законъ не знаетъ болѣе терминовъ „контрафакція“ и „плагіатъ“ и регламентируетъ право на авторство въ нѣсколько болѣе опредѣленной формѣ. Прежде всего онъ ясно указываетъ, что „при всякихъ разрѣшаемыхъ закономъ заимствованіяхъ изъ чужого произведенія обязательно указаніе автора и источника заимствованія“. [1]) Затѣмъ введенная въ дѣйствіе въ нѣсколько измѣненной редакціи статья 620-ая Уголовнаго Уложенія 1903 года различаетъ самовольное изданіе чужого произведенія подъ „своимъ именемъ“ отъ самовольнаго изданія безъ нарушенія права на авторство и въ первомъ случаѣ увеличиваетъ наказаніе до заключенія въ тюрьмѣ на срокъ не ниже трехъ мѣсяцевъ. Такимъ образомъ законъ нашъ предусматриваетъ нарушеніе права на авторство, какъ относительно цѣлаго произведенія, такъ и отдѣльныхъ частей его, какъ бы незначительны эти части ни были, но регламентація закона въ данномъ случаѣ не можетъ быть признана удовлетворительной. Прежде всего, какъ справедливо замѣчаетъ Канторовичъ, [2]) повышенное наказаніе, предусмотрѣнное 3-ьимъ пунктомъ ст. 620-ой Угол. Уложенія, имѣетъ въ виду изданіе чужого произведенія въ цѣломъ, а потому оно не можетъ относиться къ заимствованіямъ безъ указанія источника. Поэтому заимствованія подобнаго рода должно подлежать наказанію по 1-ой части ст. 620-ой, какъ всякое вообще нарушеніе чужого авторскаго права. Въ результатѣ получается, что въ то время какъ при самовольномъ изданіи цѣлаго произведенія

---

[1]) Законъ объ авт. правѣ 1911 г. § 19.

[2]) Я. А. Канторовичъ, „Авторское право на литер., музык., художественныя и фотографическія произведенія“ 1911 г., стр. 344-ая.

присвоеніе авторства учитывается законодателемъ, какъ моментъ, увеличивающій размѣръ наказанія, присвоенію авторства въ частичныхъ заимствованіяхъ законъ такого значенія не придаетъ, такъ что наказаніе будетъ одинаковымъ при недозволенномъ заимствованіи, указалъ-ли заимствователь источникъ заимствованія или не указалъ. Но за то если разрѣшаемое закономъ заимствованіе, т. е. не являющееся нарушеніемъ авторскаго права въ тѣсномъ смыслѣ этого слова, разъ оно совершено безъ указанія источника, будетъ наказуемо, то наказуемой должна быть и перепечатка цѣлаго произведенія подъ своимъ именемъ, а не подъ именемъ автора, хотя бы авторское право и не было при этомъ нарушено. Это видно и изъ того, что нашъ законъ запрещаетъ издателю безъ согласія автора вносить какія-либо измѣненія въ обозначеніе автора въ издаваемомъ произведеніи. [1]) Въ такомъ случаѣ подобная перепечатка должна быть, по нашему мнѣнію, подведена также подъ 3-ій пунктъ 620-ой ст. Улож. о нак.

Изъ сказаннаго видно, насколько неудовлетворительно защита права на авторство регламентирована нашимъ закономъ. Вмѣсто того, чтобы провести различіе, съ одной стороны между частичнымъ заимствованіемъ и полнымъ воспроизведеніемъ, съ другой стороны между нарушеніемъ права на авторство, соединеннымъ съ нарушеніемъ авторскаго права, и нарушеніемъ только одного права на авторство,—законъ нашъ все смѣшалъ въ одну кучу. Получилось, что наказаніе по 1-ой части 620-ой ст. должно налагаться и за дозволенное заимствованіе безъ указанія источника, и за недозволенное заимствованіе безъ указанія источника, и за недозволенное заимствованіе съ указаніемъ источника; точно также, какъ недозволенная перепечатка чужого произведенія цѣликомъ, такъ и дозволенная, разъ она совершена отъ имени издателя, а не автора, будутъ караться по 3-ему пункту ст. 620, и лишь одна недозволенная перепечатка цѣлаго сочиненія безъ нарушенія права на авторство подойдетъ подъ 2-ой пунктъ ст. 620-ой. Съ точки зрѣнія политики права такой порядокъ

---

[1]) Законъ 1911 г. ст. 70.

потому долженъ быть признанъ нераціональнымъ, что если признать нарушеніе авторскаго права по отношенію къ уголовнымъ послѣдствіямъ равноцѣннымъ нарушенію права на авторство, то во всякомъ случаѣ нарушеніе обоихъ этихъ правъ вмѣстѣ должно разсматриваться какъ болѣе тяжкое правонарушеніе, чѣмъ нарушеніе одного изъ вышеназванныхъ правъ.

До сихъ поръ мы говорили о нарушеніяхъ права на авторство путемъ „присвоенія“ авторства на цѣлое произведеніе или на часть его другимъ лицомъ. Но личное право автора можетъ быть нарушено и не путемъ „присвоенія“ авторства въ буквальномъ смыслѣ этого слова, а посредствомъ изданія произведенія въ цѣломъ видѣ или заимствованія изъ него съ указаніемъ авторомъ его не настоящаго автора, а другое постороннее лицо. Такъ, напримѣръ, источникъ заимствованія можетъ быть хотя и указанъ издателемъ, но невѣрно, или произведеніе литературное можетъ быть выпущено въ свѣтъ издателемъ подъ именемъ другого лица, которое совсѣмъ не сочиняло его. Несомнѣнно, что въ данномъ случаѣ интересы автора такъ же страдаютъ, какъ и при „присвоеніи“ авторства, т. к. его право на авторство будетъ нарушено, а кто обозначенъ авторомъ его книги,—самъ ли издатель, жена-ли его, или пріятель, для автора безразлично. Поэтому логически необходимо, чтобы въ подобныхъ случаяхъ интересы автора защищались бы такъ же, какъ и при „присвоеніи“ авторства. Между тѣмъ законъ нашъ здѣсь опять порождаетъ рядъ недоумѣній. Если относительно заимствованій еще можно толковать статью 19-ю въ томъ смыслѣ, что разъ законъ требуетъ указанія автора и источника заимствованія, то невѣрное обозначеніе автора и источника должно считаться такимъ же нарушеніемъ требованія закона, какъ и необозначеніе источника совсѣмъ, то относительно изданія чужого произведенія въ цѣломъ видѣ дѣло обстоитъ гораздо хуже. Статья 620 Угол. Улож. въ третьемъ пунктѣ предусматриваетъ только случай самовольнаго изданія чужого произведенія „подъ своимъ именемъ“, т.-е. исключительно случай „присвоенія“ авторства, вслѣдствіе чего изданіе чужого произведенія подъ именемъ третьяго лица сюда не подойдетъ. Изъ этого, конечно, еще не слѣдуетъ, что подобнаго рода факты

должны считаться позволенными,—такой выводъ противорѣчилъ бы статьѣ 70-ой новаго закона, запрещающей издателю вносить какія-либо измѣненія въ обозначеніе имени автора, — но тѣмъ не менѣе остается неяснымъ, подъ какой пунктъ ст. 620-ой такое правонарушеніе можетъ быть подведено. По нашему мнѣнію, если правонарушеніе состояло въ изданіи или размноженіи произведенія подъ чужимъ именемъ, то примѣнима должна быть часть 2-ая ст. 620-ой, если же правонарушеніе выражалось въ чемъ-либо другомъ—напримѣръ, въ публичномъ исполненіи произведенія и т. п., то примѣняться должна 1-ая часть ст. 620-ой. Но логически, повторяемъ, различать подобнаго рода правонарушенія отъ случаевъ „присвоенія“ авторства нѣтъ рѣшительно никакихъ основаній, и формулировка ст. 620-ой должна быть признана безусловно неудовлетворительной.

II. Если личные интересы автора могутъ быть нарушены, когда его произведеніе будетъ опубликовано подъ чужимъ именемъ, то и наоборотъ нарушеніе личныхъ интересовъ будетъ имѣть мѣсто и тогда, когда кому-либо будетъ приписано авторство на произведеніе, ему непринадлежащее. Подобнаго рода факты въ жизни вполнѣ возможны: какой-нибудь бездарный писатель можетъ издать свое произведеніе подъ именемъ извѣстнаго писателя и, обманывая публику, нажить деньги, распродавъ изданіе; особенно часто практикуются такіе пріемы относительно художественныхъ произведеній, гдѣ нерѣдко снимается копія съ картины какого-нибудь художника, ставится на ней его подпись или монограмма и затѣмъ продается за оригиналъ. Само собой понятно такого рода дѣянія всѣми законодательствами признаются недопустимыми, такъ какъ представляютъ собой не что иное, какъ подлогъ. Но возможны случаи, когда подлогомъ признать поступокъ даннаго лица нельзя, а между тѣмъ имя автора на произведеніи будетъ обозначено такъ, что каждый можетъ подумать, будто творцомъ произведенія является какой-нибудь извѣстный писатель художникъ, композиторъ, а никакъ не то лицо, которое въ дѣйствительности было его авторомъ. Вѣдь если у насъ въ Россіи, кромѣ великаго Льва Толстого, есть еще другой писатель также графъ Левъ Толстой, если есть у насъ также два писателя графа Алексѣя Толстыхъ, то Леони-

довъ Андреевыхъ въ Россіи найдется, навѣрное, около сотни, и если какой-нибудь другой Леонидъ Андреевъ напишетъ разсказъ и напечатаетъ его подъ своимъ именемъ, то въ подлогѣ его обвинить нельзя, а между тѣмъ всякій можетъ подумать сперва, что разсказъ принадлежитъ перу извѣстнаго Леонида Андреева. Еще легче, конечно, выдать художественное произведеніе за принадлежащее кисти извѣстнаго художника, т. к. на картинахъ часто ставятся иниціалы, или подпись дѣлается не особенно разборчиво, а лицъ, имѣющихъ такіе же иниціалы или фамиліи сходныя, безконечное множество. Наконецъ, если подпись произведенія чужой фамиліей является подлогомъ, то иначе будетъ дѣло обстоять, если поддѣлыватель издастъ свое произведеніе не подъ чужой фамиліей, а подъ чужимъ псевдонимомъ. Во всѣхъ этихъ случаяхъ, несомнѣнно, личные интересы автора будутъ существенно затронуты, такъ какъ ему можетъ быть весьма непріятно, если въ обществѣ будутъ думать, что именно онъ былъ авторомъ даннаго произведенія. Въ виду этого во многихъ западныхъ государствахъ законодательства принимаютъ извѣстныя мѣры противъ подобныхъ злоупотребленій. Такъ во Франціи законъ 9-го февраля 1895-го года грозитъ тюрьмой на срокъ отъ одного года до пяти лѣтъ и штрафомъ отъ 16 фр. и до 3000 фр., сверхъ обязанности возмѣстить всѣ причиненные убытки, тѣмъ, кто „auront apposé ou fait apparaitre frauduleusement un nom usurpé sur une oeuvre de peinture, de sculpture, de dessin, de gravure, ou de musique et ceux, qui sur les mêmes oeuvres auront frauduleusement et dans le but de tromper l'acheteur sur la personnalité de l'auteur, imité sa signature ou un signe adopté par lui“. Хотя законъ этотъ не упоминаетъ о литературныхъ произведеніяхъ, но юриспруденція единодушно примѣняетъ его и къ нимъ [1]). Точно также законъ этотъ примѣняютъ и къ тѣмъ случаямъ, когда произведеніе выпускается въ свѣтъ подъ чужимъ псевдонимомъ [2]). Если же произведеніе выпущено въ свѣтъ подъ настоящимъ именемъ его автора, но имя это тождественно съ именемъ другого извѣстнаго уже въ обществѣ автора,

---

[1]) Perreau, „Le droit au nom en matière civile“. 1091; p. 117.
[2]) Perreau, p. 116.

то послѣднему судебная практика предоставляетъ возможность требовать, чтобы судъ во избѣжаніе недоразумѣній предписалъ однофамильцу обозначать свои произведенія какимъ-нибудь способомъ, который бы давалъ возможность различать ихъ отъ произведеній его однофамильца[1]). Обосновывается это право обычно ссылкой на общій принципъ недопустимости недобросовѣстной конкуренціи.

Въ Германіи мы имѣемъ прежде всего § 18 abs. 3 закона объ авторскомъ правѣ на художественныя и фотографическія произведенія 1907 года, запрещающій при воспроизведеніи чужого художественнаго произведенія обозначать на немъ имя автора способомъ, который давалъ бы поводъ къ недоразумѣніямъ относительно личности автора. Статья эта имѣетъ въ виду копіи и желаетъ устранить всякаго рода злоупотребленія, съ помощью которыхъ копировальщики даютъ поводъ публикѣ думать, что данная картина является оригиналомъ.

Формулировка этой статьи весьма широка: изъ нея вытекаетъ, что копировальщикъ не можетъ поставить на копіи даже своей фамиліи и своихъ собственныхъ иниціаловъ, если они совпадаютъ съ подписью автора оригинала или если отличаются отъ послѣдней такъ мало, что возможно введеніе публики въ заблужденіе. Но вмѣстѣ съ тѣмъ статья эта говоритъ только о копіяхъ, вслѣдствіе чего подъ нее не подойдутъ случаи, когда на оригинальной картинѣ художникъ поставитъ свой авторскій знакъ такимъ образомъ, что публика будетъ считать авторомъ картины какого-нибудь другого художника. Подобный случай, такъ же какъ и выпускъ въ свѣтъ произведенія литературнаго или музыкальнаго подъ чужимъ псевдонимомъ [2]) или подъ собственной фамиліей, тождественной или весьма сходной съ фамиліей другого, уже ранѣе пріобрѣвшаго извѣстность автора, могутъ преслѣдоваться уже на основаніи закона о недобросовѣ-

---

[1]) Perrau, p. 53, 466.

[2]) Вопросъ о защитѣ псевдонима на основаніи посатновленія Гражд. Улож.. о правѣ на имя является спорнымъ: большинство юристовъ (Opet, Dernburg, Endemann, Hölder, Enneccerus и др.) высказываются за приравненіе псевдонима въ данномъ отношеніи къ имени, но есть и противники этого взгляда (Biermann, Planck), указывающіе на то, что взглядъ этотъ не находитъ себѣ подтвержденія въ протоколахъ комиссіи по составленію проекта Уложенія.

стной конкуренціи, дающаго каждому возможность требовать прекращенія поступковъ, сознательно направленныхъ къ тому, чтобы произведенія постороннихъ лицъ признавались въ обществѣ принадлежащими перу истца; [1]) въ отличіе отъ постановленія о художественныхъ копіяхъ законъ этотъ уголовнаго наказанія для правонарушителей не устанавливаетъ.

Обращаясь къ русскому праву, здѣсь относительно копій художественныхъ произведеній мы находимъ постановленіе, подобное § 18 abs 3 германскаго K. U. G.— именно § 3 новаго закона объ авторскомъ правѣ. Постановленіе это, позволяя снимать копіи съ чужихъ произведеній для личнаго употребленія, запрещаетъ помѣщать на копіяхъ художественныхъ произведеній подписи или монограммы автора подлинника. Но если внимательно вчитаться въ эту статью, то между ней и постановленіемъ германскаго закона обнаружится существенная разница. Въ то время, какъ германскій законъ защищаетъ всякаго рода обозначенія, могущія вызвать ошибочныя мнѣнія о личности автора, нашъ законъ формулированъ много уже—онъ запрещаетъ помѣщать подпись или монограмму автора подлинника, т. е. преслѣдуетъ исключительно подлогъ, какъ это прямо указано въ Объяснительной запискѣ М. Юстиціи [2]). Слѣдовательно, если подлога нѣтъ, если копировальщикъ помѣщаетъ свою подпись или монограмму, хотя бы и совпадавшую съ подписью автора подлинника, статья эта непримѣнима. Въ этомъ же узкомъ смыслѣ постановленіе новаго закона совершенно излишне, т. к. подлогъ и безъ того регламентированъ Уголовнымъ Уложеніемъ, и статья эта можетъ повлечь лишь то, что предусмотрѣнный новымъ закономъ отдѣльный видъ подлога будетъ наказываться иначе (именно по ст. 620 Нов. Уг. Улож.), чѣмъ другіе аналогичные случаи подлога, къ чему нѣтъ, въ сущности, никакихъ серьезныхъ основаній.

Что касается до всѣхъ другихъ случаевъ подобнаго рода нарушеній интересовъ авторовъ, то, за отсутствіемъ у насъ спеціальной регламентаціи права на имя и недо-

---

[1]) § 16 Ges. gegen den unlauteren Wettbewerb 1909.
[2]) Объясн. записка М. Юстиціи, стр. 9.

бросовѣстной конкуренціи, они могутъ быть подведены лишь подъ нарушенія права на товарный знакъ. Мы лично полагаемъ, что это вполнѣ возможно, такъ какъ книги и картины тотъ же товаръ, и интересы автора въ данномъ случаѣ аналогичны интересамъ фабриканта: какъ для фабриканта важно, чтобы публика не покупала чужіе товары, принимая ихъ ошибочно за вышедшіе съ его фабрики, и чтобы отъ подобныхъ заблужденій не пострадала репутація его фирмы, такъ и авторъ заинтересованъ въ томъ, чтобы его репутація не пострадала отъ того, что общество ошибочно признавало чужія произведенія за принадлежащія его перу. Но ссылаться на законъ о товарныхъ знакахъ авторъ можетъ только тогда, когда онъ самъ издавалъ свои произведенія подъ собственной фамиліей или подъ настоящими иниціалами; если же онъ печатался подъ псевдонимомъ, то для пріобрѣтенія права на псевдонимъ, какъ на товарный знакъ, нужна предварительная соотвѣтствующая заявка министерству торговли и промышленности, между тѣмъ какъ къ подобной заявкѣ авторы никогда не прибѣгаютъ, да и заявка эта, въ сущности, ведетъ къ раскрытію псевдонима. Поэтому въ результатѣ всѣ русскіе авторы, печатающіеся подъ псевдонимами, остаются въ данномъ отношеніи беззащитными, — каждый можетъ безпрепятственно обозначать свои произведенія такими же псевдонимами. Думается, что подобное положеніе вещей далеко не можетъ быть признано удовлетворительнымъ.

III. Мы разсмотрѣли два случая нарушенія личныхъ правъ автора—изданіе произведенія автора подъ чужимъ именемъ и, обратно, изданіе чужого произведенія подъ именемъ автора. Но интересы автора могутъ быть нарушены и тогда, когда произведеніе издается съ обозначеніемъ имени его настоящаго автора, но обозначеніе это сдѣлано безъ его согласія: напримѣръ, авторъ почему-либо не желалъ оглашать свое авторство и выпустилъ въ свѣтъ свое произведеніе анонимно или подъ псевдонимомъ, а кто-нибудь другой раскроетъ его анонимъ или псевдонимъ и поставитъ на произведеніи настоящую фамилію автора. Въ данномъ случаѣ личные интересы автора могутъ серьезно пострадать, т. к. возможно, что у него были серьезныя основанія не оглашать своего авторства. Конечно, подобное дѣяніе во многихъ случа-

яхъ можетъ быть признано подлогомъ и повлечь за собой соотвѣтствующее наказаніе, но это возможно далеко не всегда, т. к. не всякое раскрытіе чужого анонима или псевдонима будетъ подлогомъ. И вотъ германское право предусматриваетъ такой случай относительно художественныхъ произведеній и запрещаетъ всѣмъ постороннимъ безъ согласія автора ставить его фамилію или монограмму на его произведеніи [1]). Относительно литературныхъ и музыкальныхъ произведеній законъ запрещаетъ лицу, которому передано авторское право, за отсутствіемъ особаго соглашенія, дѣлать какія бы то ни было измѣненія въ самомъ произведеніи, его заглавіи и обозначеніи автора; допустимы лишь такія измѣненія, въ которыхъ авторъ по доброй совѣсти не могъ бы отказать [2]). Аналогичное запрещеніе даетъ законъ и по адресу издателей [3]).

Нашъ новый законъ объ авторскомъ правѣ не даетъ спеціальнаго постановленія о художественныхъ произведеніяхъ, аналогичнаго принятому германскимъ правомъ, но повторяетъ почти дословно два послѣднихъ постановленія [4]) съ той разницей, что первому изъ нихъ придаетъ общій характеръ, распространяя его на всякія произведенія, въ томъ числѣ и на художественныя. Благодаря этому получается та разница, что если кто-нибудь поставитъ на чужомъ художественномъ произведеніи фамилію автора безъ его согласія, то по германскому праву это должно быть признано недопустимымъ, тогда какъ у насъ въ Россіи этотъ случай не можетъ быть подведенъ подъ статью 20-ую, такъ какъ она трактуетъ лишь объ изданіи и публичномъ исполненіи чужихъ произведеній, между тѣмъ какъ въ данномъ случаѣ лицо это вовсе не издаетъ художественнаго произведенія. Конечно, и у насъ подобный поступокъ можетъ быть признанъ не дозволеннымъ, если будетъ представлять собой подлогъ, но, какъ мы выше говорили, подлога въ подобныхъ случаяхъ можетъ и не быть. Но самый главный недостатокъ, какъ нашего закона, такъ и

---

[1]) K. U. G. § 13.
[2]) L. U. G. § 9.
[3]) Gesetz über das Verlagsrecht § 13.
[4]) Ст. 20 и 70.

германскаго права, заключается въ томъ, что оба они имѣютъ въ виду лишь измѣненія въ обозначеніи автора на самомъ произведеніи, тогда какъ личные интересы автора могутъ быть нарушены и инымъ путемъ. Такъ, напримѣръ, издатель можетъ не сдѣлать никакихъ измѣненій въ обозначеніи автора на самой книгѣ, но въ то же время въ объявленіяхъ о книгѣ огласить, что данное произведеніе, изданное анонимно или подъ псевдонимомъ, принадлежитъ такому-то писателю, или даже просто въ скобкахъ въ объявленіи рядомъ съ псевдонимомъ поставитъ фамилію автора. Точно также можно, не дѣлая никакихъ подписей на картинѣ, выставить ее, привѣсивъ ярлыкъ съ фамиліей автора. Законъ не препятствуетъ также напечатать въ газетахъ письмо съ увѣдомленіемъ, что корреспонденціи, помѣщаемыя подъ такимъ-то псевдонимомъ, принадлежатъ перу такого-то лица. Во всѣхъ этихъ случаяхъ не только моральные, но и имущественные интересы автора могутъ жестоко пострадать, но тѣмъ не менѣе интересы эти законодательство оставляетъ безъ всякой защиты. Конечно, если произведеніе, изданное подъ псевдонимомъ или анонимно, содержитъ въ себѣ элементы преступленія или незаконно нарушаетъ чьи-нибудь частные интересы, то признаніе неприкосновенности псевдонима было бы недопустимо, такъ какъ позволяло бы правонарушителямъ уклоняться отъ законной отвѣтственности, но если ничего преступнаго и противоправнаго произведеніе не содержитъ, то нѣтъ рѣшительно никакихъ основаній позволять всякому и каждому вмѣшиваться въ личныя дѣла автора и раскрывать его псевдонимъ, причиняя тѣмъ автору и имущественные убытки и моральныя непріятности. Поэтому-то въ общественномъ мнѣніи издавна сложился взглядъ, что раскрытіе псевдонима или анонима является поступкомъ недопустимымъ съ нравственной точки зрѣнія, и этотъ взглядъ такъ прочно укрѣпился, что, напримѣръ, ни одинъ издатель газеты, хотя бы самой безпринципной, не рѣшится выдать подлинныхъ именъ своихъ сотрудниковъ безъ ихъ согласія и предпочтетъ самъ нести отвѣтственность за ихъ статьи. Въ виду всего этого нельзя не признать, что нашъ новый законъ объ авторскомъ правѣ, впрочемъ, также какъ и законы

другихъ странъ, далеко не можетъ быть признанъ справедливымъ и логичнымъ въ данномъ вопросѣ, давая рядъ неясныхъ и отрывочныхъ указаній вмѣсто яснаго и общаго правила, запрещающаго оглашать во всеобщее свѣдѣніе имя автора произведенія, изданнаго въ свѣтъ подъ псевдонимомъ или анонимно, за исключеніемъ тѣхъ случаевъ, когда оглашеніе это дѣлается съ согласія автора или путемъ возбужденія противъ автора судебнаго преслѣдованія.

IV. Если мы признали желательнымъ защищать автора отъ оглашенія во всеобщее свѣдѣніе его имени, разъ онъ почему-либо желалъ его скрыть, то тѣмъ болѣе необходимо защищать его отъ оглашенія и опубликованія его произведеній безъ его согласія. Авторъ могъ считать свое произведеніе незаконченнымъ, непригоднымъ для выпуска на судъ общества, могъ вообще смотрѣть на него, какъ на произведеніе неудачное, почему опубликованіе его кѣмъ-либо противъ его воли можетъ подорвать его репутацію въ глазахъ общества и вообще серьезно нарушить его интересы, какъ моральные, такъ и имущественные. Необходимость защиты авторовъ отъ подобныхъ поступковъ, мнѣ кажется, не нуждается въ доказательствахъ. Недаромъ еще Мольеръ въ предисловіи къ своимъ „Preçieuses ridicules“ писалъ: „Удивительно, какъ это можно печатать чужія произведенія безъ согласія авторовъ! По-моему, нѣтъ ничего болѣе несправедливаго, и я охотно простилъ бы всякое другое насиліе надъ собой, чѣмъ это!“

И всѣ законодательства въ той или иной степени это право автора на опубликованіе впервые своего произведенія защищаютъ. Защищаетъ его и нашъ новый законъ. Такъ, прежде всего, онъ признаетъ авторское право и на произведенія, еще въ свѣтъ непоявившіяся, такъ что изданіе, напримѣръ, чужой рукописи разсматривается, какъ такое же нарушеніе авторскаго права, какъ и перепечатка книги, уже изданной. Затѣмъ, законъ нашъ даже сильнѣе защищаетъ произведенія, въ свѣтъ непоявившіяся, чѣмъ появившіяся, въ томъ отношеніи, что признаетъ авторское право на произведенія первой категоріи за всѣми авторами и ихъ правопреемниками, независимо отъ ихъ подданства и мѣстонахожденія произведенія, тогда какъ относительно произведеній, появив-

шихся въ свѣтъ, авторское право иностранцевъ признается только въ весьма ограниченномъ размѣрѣ. Это различіе вполнѣ правильно объясняется тѣмъ, что если при перепечаткѣ чужого произведенія нарушаются только имущественные интересы автора, при опубликованіи его еще въ свѣтъ непоявившагося произведенія страдаютъ и его личные интересы, которые должны защищаться, независимо отъ подданства автора. Къ сожалѣнію, такъ какъ законъ защищаетъ права иностранцевъ только относительно произведеній въ свѣтъ непоявившихся и вмѣстѣ съ тѣмъ не различаетъ личныя права авторовъ отъ авторскаго права, то въ результатѣ получается, что личныя права иностранцевъ въ остальныхъ случаяхъ не охраняются, если нарушеніе совершено не въ видѣ перепечатки литературнаго и музыкальнаго произведенія. Поэтому, напримѣръ, иностранный подданный не можетъ обратиться въ судъ, если изъ его произведеній будутъ сдѣланы заимствованія безъ указанія источника, или если лицо, которому онъ передалъ авторское право, издастъ произведеніе въ передѣланномъ видѣ.

Однако одной защиты авторскаго права на произведенія, въ свѣтъ непоявившіяся, наравнѣ съ произведеніями, появившимися въ свѣтъ, еще недостаточно для охраны интересовъ автора отъ оглашенія его произведенія помимо его воли. Авторское право защищаетъ матеріальные интересы автора, вслѣдствіе чего въ тѣхъ случаяхъ, когда эти матеріальные интересы не страдаютъ, законъ не препятствуетъ опубликованію и распространенію чужихъ произведеній, позволяя, напримѣръ, публичное устное изложеніе литературныхъ произведеній, публичное исполненіе музыкальныхъ произведеній на благотворительныхъ концертахъ, помѣщеніе художественныхъ произведеній на выставкахъ и т. п. Но если въ этихъ случаяхъ нѣтъ нарушенія авторскаго права въ тѣсномъ смыслѣ слова, то нарушеніе личныхъ интересовъ автора можетъ быть налицо: такъ, напримѣръ, при публичномъ изложеніи произведенія общество знакомится съ нимъ, и автору можетъ быть въ высшей степени непріятно, что произведеніе, которое онъ ни за что не хотѣлъ отдавать въ такомъ видѣ на судъ общества, отдано на этотъ судъ постороннимъ лицомъ безъ его согласія. И относительно литературныхъ произведеній нашъ новый

законъ принялъ во вниманіе это обстоятельство, постановивъ, что „публичное изложеніе непоявившагося въ свѣтъ литературнаго произведенія или опубликованіе содержанія такого произведенія безъ согласія автора не допускается“. [1]) Статья эта, составленная по образцу abs. 3. § 11 германскаго L. U. G. является, конечно, вполнѣ цѣлесообразной, но, къ сожалѣнію, она относится исключительно только къ литературнымъ произведеніямъ. Относительно другого рода произведеній защита автора отъ оглашенія и опубликованія его произведеній, въ свѣтъ непоявившихся, поставлена значительно хуже. Такъ, относительно музыкальныхъ произведеній законъ предусматриваетъ эту защиту только въ одномъ случаѣ,— именно, онъ хотя и разрѣшаетъ помѣщать въ видѣ примѣровъ отдѣльныя мѣста чужихъ музыкальныхъ произведеній безъ согласія автора въ изданіяхъ съ ученой или учебной цѣлью, но лишь изъ произведеній уже изданныхъ или публично исполненныхъ, [2]) т.-е. уже появившихся въ свѣтъ. Что же касается до изданія варіацій, транскрипцій, фантазій, этюдовъ и тому подобныхъ заимствованій, то здѣсь такой оговорки законъ не дѣлаетъ [3]), изъ чего вытекаетъ, что они будутъ допустимы и изъ произведеній, въ свѣтъ непоявившихся. Между тѣмъ въ данномъ случаѣ личные интересы автора, несомнѣнно, могутъ быть такъ же затронуты, какъ и при опубликованіи содержанія чужого литературнаго въ свѣтъ не появившагося произведенія.

Точно также плохо защищаетъ автора новый законъ отъ оглашенія его произведеній путемъ публичнаго исполненія. Музыкальныя произведенія по нашему закону могутъ быть исполняемы публично безъ согласія композитора, „если исполненіе ни непосредственно ни косвенно не преслѣдуетъ цѣлей наживы, если исполненіе совершается во время народныхъ празднествъ, или если выручка назначена исключительно для благотворительныхъ цѣлей,

---

[1]) Ст. 27; Шендорфъ вполнѣ правильно замѣчаетъ, что статья эта имѣетъ въ виду лишь произведенія, непоявившіяся въ свѣтъ, такъ что относительно появившихся въ свѣтъ произведеній публичное изложеніе и опубликованіе содержанія должны считаться позволенными (Парво, 1911 г.№ 28).

[2]) Ст. 43 п. 2-ой законъ 1911 г.

[3]) Ст. 43 п. 1-ый законъ 1911 г.

и исполнители вознагражденія не получаютъ“ [1]). Въ перечисленныхъ случаяхъ законъ нашъ не видитъ нарушенія авторскаго права, а т. к. никакой оговорки относительно того, было ли данное произведеніе ранѣе издано или публично исполнено, законъ не дѣлаетъ, то, слѣдовательно, хотя бы композиторъ считалъ свое произведеніе не оконченнымъ и не предназначалъ его въ такомъ видѣ для оглашенія по тѣмъ или инымъ мотивамъ, все равно, если нотная рукопись къ кому-нибудь попадетъ, онъ принужденъ мириться съ тѣмъ, что его вещь будутъ играть, напримѣръ, на благотворительныхъ концертахъ, народныхъ празднествахъ и т. п. Въ данномъ случаѣ наиболѣе ярко сказалась неправильность смѣшенія авторскаго права въ тѣсномъ смыслѣ этого слова съ личнымъ правомъ автора, такъ какъ если благотворительная цѣль концерта можетъ такъ или иначе оправдывать лишеніе автора его гонорара, то во всякомъ случаѣ она никоимъ образомъ не можетъ служить основаніемъ для того, чтобы произведеніе противъ воли автора было отдано на судъ общества.

Относительно художественныхъ произведеній звконъ нашъ охраняетъ вышеуказанные личные интересы автора только въ одномъ случаѣ,—онъ позволяетъ производить постройки и сооруженія безъ согласія автора лишь по опубликованнымъ авторомъ планамъ, чертежамъ и рисункамъ [2]). Въ другихъ случаяхъ законъ нашъ не проводитъ разницы между произведеніями появившимися и не появившимися въ свѣтъ. Правда, въ художественныхъ произведеніяхъ провести это различіе довольно трудно, такъ какъ здѣсь не такъ легко, какъ въ литературныхъ и музыкальныхъ произведеніяхъ, опредѣлить, считаетъ-ли художникъ свою картину оконченной или нѣтъ, но, по нашему мнѣнію, все же этотъ моментъ до извѣстной степени можно установить, позволивъ воспроизводить художественное произведеніе безъ согласія автора всякими способами, не относящимися къ тому же роду искусства, воспроизводить его въ научныхъ изслѣдованіяхъ и учебныхъ книгахъ и помѣщать отдѣльныя части художе-

---

[1]) Ст. 50 зак. 1911-й г.
[2]) Ст. 57 зак. 1911 года.

ственнаго произведенія въ издѣліяхъ заводской, фабричной и ремесленной промышленности[1]) только въ томъ случаѣ, когда произведеніе авторомъ было *продано, помѣщено на публичной выставкѣ или издано* какимъ-либо путемъ. Нѣкоторыя сомнѣнія вызываетъ предоставленное нашимъ закономъ право всякому и каждому помѣщать художественныя произведенія безъ согласія автора на публичныхъ выставкахъ. Здѣсь личные интересы автора, какъ творца даннаго произведенія, нарушаются столь ярко, что проектъ Редакціонной Комиссіи предлагалъ вовсе запретить помѣщеніе художественныхъ произведеній безъ согласія автора на выставкахъ. Однако предположеніе это было признано Министерствомъ Юстиціи слишкомъ стѣснительнымъ для собирателей художественныхъ произведеній и нежелательнымъ въ интересахъ художественнаго образованія; считаясь, однако, и съ интересами художниковъ, проектъ Министра Юстиціи остановился на среднемъ рѣшеніи, позволяя выставлять произведенія только въ томъ случаѣ, если авторъ прямо это не воспретилъ. Государственный Совѣтъ пошелъ еще дальше и предоставилъ полную свободу помѣщать художественныя произведенія на публичныхъ выставкахъ, исходя изъ тѣхъ соображеній, что запрещеніе со стороны автора, о которомъ говоритъ проектъ Министерства, можетъ имѣть силу только по отношенію къ первому пріобрѣтателю картины, но не къ послѣдующимъ ея владѣльцамъ, т. к. было бы несправедливо придавать этому воспрещенію вещный характеръ и привлекать къ отвѣтственности за нарушеніе авторскаго права лицъ, выставившихъ картину, совершенно ничего не зная о запрещеніи, такъ какъ пріобрѣли ея не отъ самого художника; при распространеніи же запрещенія на одного перваго пріобрѣтателя, оно, въ сущности, не будетъ имѣть никакого значенія[2]). Въ результатѣ первоначальное безусловное воспрещеніе выставлять произведенія безъ согласія автора превратилось въ позволеніе[3]). И мы лично точку зрѣнія нашего закона находимъ въ общемъ правильной: помѣщеніе картинъ на выстав-

---

[1]) Стт. 55 и 56 зак. 1911 года.
[2]) Гриммъ, Стен. Отчетъ Гос. Сов. засѣданіе 6, стб. 252—253.
[3]) Ст. 56, п. 5 зак. 1911 г.

кахъ, имѣющее важное значеніе и для собирателей художественныхъ произведеній и для распространенія художественнаго образованія, нарушаетъ личные интересы автора только тогда, когда дѣло идетъ о произведеніи, которое художникъ не желалъ отдать на судъ общества по тѣмъ или инымъ мотивамъ, между тѣмъ какъ разъ онъ произведеніе продалъ, то этимъ самымъ онъ какъ бы выпустилъ его въ свѣтъ, такъ какъ картинъ не покупаютъ, чтобы держать ихъ взаперти и никому не показывать, и художникъ, не желающій сдѣлать свое произведеніе доступнымъ для взоровъ публики, считая, напримѣръ, его неудачнымъ или не законченнымъ, никогда его не продастъ. Поэтому, съ нашей точки зрѣнія, запрещать надо помѣщать на выставкахъ художественныя произведенія безъ согласія автора не тогда, когда онъ самъ передалъ на нихъ право собственности другому лицу, а тогда, когда онъ ихъ въ свѣтъ еще не выпускалъ. Такіе случаи возможны—напримѣръ, художникъ, уѣзжая за границу, отдалъ свои неоконченныя работы кому-нибудь на сохраненіе, а тотъ помѣститъ ихъ на выставку,—и для устраненія подобныхъ дѣйствій, дѣйствительно нарушающихъ интересы автора, слѣдовало бы пунктъ 5-ый статьи 56-ой изложить такъ: „помѣщеніе произведеній собственниками ихъ на публичной выставкѣ“. Конечно, лицо, получившее картины на храненіе, можетъ продать ихъ другому, которое помѣститъ ихъ на выставку, какъ собственникъ, но въ данномъ случаѣ мы будемъ имѣть дѣло уже съ общимъ правиломъ о положеніи добросовѣстныхъ владѣльцевъ движимыхъ вещей.

Изъ всѣхъ произведеній, оглашеніе которыхъ во всеобщее свѣдѣніе безъ согласія автора нарушаетъ интересы послѣдняго, на первомъ мѣстѣ нужно поставить частныя письма. Здѣсь мы имѣемъ дѣло съ произведеніями совсѣмъ не предназначавшимися для печати и по содержанію своему относящимися къ интимной, частной жизни, какъ самого автора, такъ и адресата. Поэтому опубликованіе частныхъ писемъ безъ согласія автора ихъ и адресата является фактомъ столь возмутительнымъ, что наше законодательство не сочло возможнымъ обойти его молчаніемъ. Нашъ прежній законъ объ авторскомъ правѣ содержалъ по этому поводу слѣдующее

постановленіе: „частныя письма, не предназначавшіяся для публики, могутъ быть издаваемы въ свѣтъ токмо съ совокупнаго согласія какъ того лица, коимъ они писаны, такъ и того, къ коему писаны; въ случаѣ же смерти ихъ обоихъ или одного кого-либо, съ согласія наслѣдниковъ". [1]) Это постановленіе и легло въ основу ст. 28-ой новаго закона, гласящей, что „частныя письма, не предназначавшіяся авторомъ къ напечатанію, могутъ быть изданы лишь съ обоюднаго согласія автора и лица, которому они были писаны; въ случаѣ же смерти кого-либо изъ означенныхъ лицъ и за отсутствіемъ особаго съ ихъ стороны распоряженія — съ согласія лицъ, имѣющихъ послѣ нихъ право наслѣдованія по закону. По истеченіи пятидесяти лѣтъ со времени смерти послѣдняго изъ лицъ, которыя вели между собой переписку, для изданія частныхъ писемъ требуется согласія лишь пережившихъ супруговъ и дѣтей названныхъ лицъ".

Анализируя эти статьи, мы видимъ, что постороннее лицо не можетъ издать писемъ безъ согласія автора ихъ и адресата; точно также и адресатъ не можетъ это сдѣлать безъ согласія автора. Что же касается до права автора издавать свои письма, если, напримѣръ, они у него сохранились въ копіяхъ, то изъ словъ закона, что „письма могутъ быть изданы лишь съ обоюднаго согласія автора и лица, которому они были писаны", можно, въ сущности, заключить, что и авторъ самъ не можетъ напечатать писемъ безъ согласія адресата. Но такой выводъ былъ бы ошибоченъ. Дѣло въ томъ, что какъ старый законъ, такъ и новый, говорятъ въ вышеприведенныхъ статьяхъ лишь о частныхъ письмахъ „не предназначавшихся авторомъ къ напечатанію", а предназначить или не предназначить письма къ напечатанію зависитъ всецѣло отъ усмотрѣнія автора. Въ объяснительной запискѣ М. Юстиціи прямо говорится, что въ данномъ случаѣ важно лишь удостовѣрить желаніе автора опубликовать письма во всеобщее свѣдѣніе, причемъ это желаніе можетъ быть выражено не только при составленіи писемъ, но и впослѣдствіи, напримѣръ, пу-

---

[1]) Т. X. ч. I-ая прил. къ ст. 420-ой пунктъ 10.

темъ оставленія писемъ по завѣщанію книгоиздательской фирмѣ и редакціи газеты. [1]) Очевидно, такимъ образомъ, что постановленіе закона въ данномъ случаѣ отнюдь не имѣло въ виду самихъ авторовъ писемъ, которые не только сами могутъ ихъ издать безъ согласія адресата, но и предоставить это право своимъ наслѣдникамъ. Нечего и говорить, что отъ подобнаго оглашенія во всеобщее свѣдѣніе нерѣдко самыхъ интимныхъ сторонъ ихъ жизни интересы адресатовъ могутъ жестоко пострадать, но въ данномъ случаѣ нѣтъ рѣшительно никакого отличія писемъ отъ другихъ литературныхъ произведеній, въ которыхъ авторъ можетъ описать подъ настоящими именами интимную жизнь своихъ знакомыхъ, и вопросъ этотъ уже относится не къ авторскому праву въ тѣсномъ или широкомъ смыслѣ этого слова, а къ вопросу о правѣ всякаго и каждаго на то, чтобы никто не изображалъ его интимную жизнь въ произведеніяхъ, предназначенныхъ для всеобщаго свѣдѣнія. Не входя въ детальное разсмотрѣніе этого весьма важнаго вопроса, какъ выходящаго изъ рамокъ данной статьи, мы ограничимся здѣсь только указаніемъ, что право это нашимъ законодательствомъ регламентировано весьма скудно, такъ же какъ и близкое къ нему по природѣ право на собственное изображеніе: потерпѣвшій можетъ преслѣдовать автора лишь на основаніи статей 1039, 1040 и 1535 Улож. о наказаніяхъ, т.-е. за клевету, диффамацію и обиду, тогда какъ доказать наличность состава одного изъ этихъ преступленій далеко не всегда возможно, хотя бы личные интересы потерпѣвшаго были весьма сильно затронуты.

Существеннымъ нововведеніемъ новаго закона по сравненію со старымъ является то, что въ случаѣ смерти автора или адресата для изданія писемъ требуется согласіе не наслѣдниковъ вообще, а исключительно тѣхъ, которые имѣютъ послѣ нихъ право наслѣдованія по закону. Такимъ образомъ авторъ могъ передать авторское право на свои произведенія по завѣщанію лицу постороннему, но это не имѣетъ силы по отношенію къ праву распоряжаться изданіемъ его писемъ. Мотивиро-

---

[1]) Объяснит. записка М. Юстиціи стр. 49.

валось это постановленіе тѣмъ, что въ данномъ случаѣ дѣло идетъ не объ имуществѣ, а объ оглашеніи интимной жизни покойнаго, гдѣ судьями, нужно ли оглашать эти факты или нѣтъ, могутъ быть только люди дѣйствительно близкіе покойному, его семейные и родственники, а не наслѣдники по завѣщанію, которыми могутъ быть и лица совершенно постороннія. Но эти права законныхъ наслѣдниковъ сильно ослаблены тѣмъ, что рѣшеніе вопроса о судьбѣ писемъ имъ предоставлено лишь въ томъ случаѣ, когда авторъ или адресатъ не сдѣлали на этотъ счетъ особаго распоряженія. Такимъ образомъ права наслѣдниковъ по закону на письма не безусловны, и наслѣдодатель можетъ передать эти права любому другому лицу, но для этого недостаточно одной передачи ему всего имущества по завѣщанію, а необходимо спеціальное распоряженіе о письмахъ. Въ какой формѣ должно быть сдѣлано такое распоряженіе, законъ не указываетъ, но такъ какъ здѣсь рѣчь идетъ о распоряженіи на случай смерти, могущемъ имѣть и имущественное значеніе, то надо полагать, что оно должно быть облечено въ форму завѣщанія. Эта оговорка о возможности наслѣдодателя передать судьбу писемъ въ руки лица, избраннаго по свободному усмотрѣнію, само собой понятно, весьма цѣлесообразно, такъ какъ очень легко можетъ быть, что данное лицо или вовсе не имѣетъ близкихъ наслѣдниковъ или хорошо знаетъ, что они за деньги согласятся напечатать что угодно, не считаясь съ волей ихъ наслѣдодателя. Надо замѣтить, однако, что этимъ выборомъ лица, которому ввѣряется судьба писемъ, и исчерпывается юридическое значеніе подобнаго распоряженія. Конечно, наслѣдодатель можетъ вмѣстѣ съ назначеніемъ этого лица поручить ему никоимъ образомъ не давать разрѣшенія на изданіе писемъ, но такое распоряженіе имѣетъ для довѣреннаго только нравственное, но не юридическое значеніе, и если онъ, вопреки волѣ покойнаго, дастъ согласіе на изданіе, никакой отвѣтственности за это онъ не подлежитъ, такъ какъ законъ нашъ не признаетъ за такими распоряженіями публично-правоваго характера.

Другимъ отличіемъ новаго закона отъ стараго является то, что въ то время какъ по старому закону запрещеніе издавать письма безъ согласія наслѣдниковъ не

было ограничено какимъ-либо срокомъ, новый законъ по истеченіи пятидесяти лѣтъ, со времени смерти послѣдняго изъ лицъ, которыя вели между собой переписку, позволяетъ издавать частныя письма лишь съ согласія пережившихъ супруговъ и дѣтей названныхъ лицъ. Это послѣднее ограниченіе введено было въ данную статью Государственнымъ Совѣтомъ по настоянію А. Ф. Кони, который указывалъ на то, что и по прошествіи пятидесяти лѣтъ могутъ остаться въ живыхъ дѣти и вдовые супруги переписывавшихся, которыя могутъ быть горячо заинтересованы въ неоглашеніи переписки, касающейся сокровенныхъ подробностей жизни ихъ отца или супруга. Но, несомнѣнно, эта послѣдняя оговорка имѣетъ въ виду тотъ случай, когда наслѣдодатель не сдѣлалъ о судьбѣ писемъ какого-либо иного распоряженія, такъ какъ разъ онъ устранилъ законныхъ наслѣдниковъ отъ распоряженія судьбой своихъ писемъ, то по истеченіи пятидесяти лѣтъ права нѣкоторыхъ изъ этихъ наслѣдниковъ, само собой, воскреснуть не могутъ.

Аналогично съ частными письмами законъ нашъ регламентируетъ и право изданія дневниковъ и всякихъ частныхъ записокъ, не предназначавшихся къ напечатанію, съ той, конечно, разницей, что здѣсь нѣтъ рѣчи объ адресатѣ и его наслѣдникахъ [1]).

Нужно въ заключеніе отмѣтить, что по вопросу о частныхъ письмахъ, дневникахъ и запискахъ регламентація нашего права гораздо полнѣе большинства западныхъ законодательствъ, обходящихъ этотъ вопросъ молчаніемъ и подчиняя его, такимъ образомъ, дѣйствію общихъ правилъ о рукописяхъ вообще.

V. Къ личнымъ правамъ автора, кромѣ вышеуказанныхъ, относится и право на то, чтобы даже лица, имѣющія право воспроизводить его произведеніе, воспроизводили бы его безъ всякихъ перемѣнъ и поправокъ въ томъ самомъ видѣ, въ какомъ его создалъ самъ авторъ. Наше правовое сзнаніе не можетъ допустить, чтобы невѣжественные издатели коверкали чужія произведенія, внося въ нихъ свои поправки, грубо нарушая этимъ интересы авторовъ. Что бы сказали, напримѣръ, Лер-

---

[1]) Ст. 29 зак. 1911 года.

монтовъ и Толстой, если бы сердобольный издатель Печорина поженилъ на княжнѣ Мери, а Анну Каренину отправилъ въ монастырь каяться въ грѣхахъ! Поэтому нужно, безусловно, одобрить составителей нашего новаго закона, пополнившихъ существовавшій пробѣлъ въ нашемъ прежнемъ правѣ и постановившихъ, что, „лицо, которому вполнѣ или въ части уступлено авторское право на произведеніе, не въ правѣ безъ согласія автора или его наслѣдниковъ издавать или публично исполнять это произведеніе съ дополненіями или сокращеніями и вообще съ измѣненіями, кромѣ такихъ, вызываемыхъ явною необходимостью, измѣненій, въ согласіи на которыя авторъ не могъ бы по доброй совѣсти отказать“ [1]). Послѣдняя оговорка, какъ видно изъ объяснительной записки М. Юстиціи, [2]) имѣла въ виду, главнымъ образомъ, драматическія, музыкально-драматическія и музыкальныя произведенія, гдѣ часто обойтись безъ купюръ при публичномъ исполненіи положительно невозможно, почему безусловное запрещеніе купюръ препятствовало бы представленію данныхъ произведеній и вызвало бы нескончаемые споры и пререканія. Оговорка эта, конечно, интересовъ авторовъ нарушить не можетъ, такъ какъ судъ всегда имѣетъ возможность защитить автора отъ сколько-нибудь серьезныхъ извращеній его произведенія. Постановленіе статьи 20-ой законъ нашъ повторяетъ по отношенію къ издателямъ въ статьѣ 70-ой.

Хотя статьи 20-ая и 70-ая говорятъ вообще объ измѣненіяхъ и дополненіяхъ, но, несомнѣнно, они относятся только къ такимъ измѣненіямъ и дополненіямъ, которыя столь незначительны и несущественны по сравненію съ цѣлымъ произведеніемъ, что не превращаютъ послѣднее въ самостоятельный продуктъ духовнаго творчества лица передѣлывавшаго. Разъ подобное превращеніе можетъ быть констатировано, то и издатель, какъ и всякое другое постороннее лицо, не можетъ быть привлеченъ къ отвѣтственности на основаніи общаго правила, что „не считается нарушеніемъ авторскаго права пользованіе чужимъ произведеніемъ для созданія новаго произведенія,

---

[1]) Ст. 20 зак. 1911 г.
[2]) Объяснит. записка М. Юстиціи, стр. 29 и 31.

существенно отъ него отличающагося“ [1]). Но, конечно, въ данномъ случаѣ издатель уже не можетъ издавать данное произведеніе подъ именемъ автора того произведенія, которымъ онъ воспользовался для своего произведенія, а съ другой стороны, если имъ сдѣланы изъ него прямыя заимствованія, то источникъ заимствованія долженъ быть указанъ. Изъ этого общаго правила статьи 3-ей законъ, однако, допустилъ весьма существенное исключеніе, запретивъ передѣлку повѣствовательнаго произведенія въ драматическую форму или драматическаго произведенія въ повѣствовательную форму безъ согласія автора или его наслѣдниковъ [2]). Такого рода передѣлка, несомнѣнно, представляетъ изъ себя самостоятельное произведеніе, подходящее подъ статью 3-ью, и, въ сущности, матеріальныхъ интересовъ автора передѣланнаго произведенія не нарушаетъ, такъ какъ нисколько не можетъ понизить спросъ на его произведеніе, а если новый законъ, въ отличіе отъ стараго, ввелъ, по примѣру западныхъ законодательствъ, подобное запрещеніе, то сдѣлалъ это исключительно для огражденія нравственныхъ интересовъ автора, такъ какъ плохая, неумѣлая передѣлка можетъ совершенно исказить и опошлить произведеніе автора и даже подорвать его литературную репутацію, [3]) недаромъ авторы за послѣднее время такъ часто жалуются на передѣлки.

Законъ, однако, говоритъ только о передѣлкѣ повѣствовательныхъ произведеній въ форму драматическую и наоборотъ, но не о передѣлкахъ вообще, такъ что подъ это запрещеніе не подойдетъ, напримѣръ, когда кто-нибудь передѣлаетъ „Войну и миръ“ Толстого въ повѣсть для юношества, указавъ при этомъ, что авторомъ передѣлки является такой-то. Такого рода передѣлка не менѣе можетъ нарушить моральные интересы автора, чѣмъ передѣлка произведенія въ драму, но она, повидимому должна считаться позволенной, поскольку, конечно, она можетъ быть признана новымъ произведеніемъ, существенно отличающимся отъ передѣланнаго. Такимъ образомъ получается любопытное противорѣчіе между моралъ-

---

[1]) Ст. 3 зак. 1911 г.
[2]) Ст. 31 зак. 1911 г.
[3]) Объяснит. записка М. Юстиціи, стр. 51.

ными интересами авторовъ и матеріальными: передѣлки, которыя наименѣе искажаютъ произведеніе автора, являются запрещенными, какъ подрывающія его матеріальные интересы, а тѣ передѣлки, которыя наиболѣе сильно оскорбляютъ моральные интересы автора, являются позволенными, т. к. здѣсь передѣлыватель внесъ столько собственнаго творчества, что получилось самостоятельное произведеніе. Положеніе весьма курьезное, но тѣмъ не менѣе мы лично не считаемъ себя въ правѣ упрекнуть составителей нашего новаго закона за то, что они не запретили передѣлокъ вообще, такъ какъ если передѣлка изъ одной формы въ другую представляетъ своеобразное явленіе, то передѣлку безъ измѣненія формы трудно разграничить отъ всякихъ другихъ заимствованій, а запретить всякія вообще заимствованія изъ чужихъ произведеній было бы совершенно нецѣлесообразно. Поэтому единственнымъ средствомъ, по нашему мнѣнію, которое могло бы до извѣстной степени оградить въ подобныхъ случаяхъ моральные интересы авторовъ, было бы введеніе постановленія, существующаго въ германскомъ правѣ относительно копій художественныхъ произведеній—именно требованіе обозначенія имени автора такъ, чтобы не было мѣста никакому смѣшенію, т.-е. чтобы каждый видѣлъ, что данное произведеніе является только передѣлкой и притомъ такой, которая представляетъ собой новое самостоятельное произведеніе передѣлывателя. Введеніе такого постановленія напрашивается само собой, такъ какъ передѣлки и копіи по существу представляютъ собой явленія аналогичныя.

VI. Мы видѣли выше, что нашъ законъ защищаетъ авторовъ до извѣстной степени отъ непрошенныхъ измѣненій, дополненій и сокращеній съ стороны издателей. Но возможенъ и обратный случай, когда авторъ самъ хочетъ сдѣлать въ своемъ произведеніи различныя исправленія и дополненія,—спрашивается, имѣетъ ли онъ право требовать, чтобы издатель принялъ во вниманіе такое его желаніе, или издатель можетъ не считаться съ интересами автора и выпустить произведеніе въ свѣтъ въ первоначальной редакціи? Законъ нашъ, къ сожалѣнію, такого права не даетъ. Правда, онъ говоритъ, что „авторъ, уступившій право на изданіе своего произведенія, можетъ вновь издать его, если оно настолько суще-

ственно переработано, что должно быть разсматриваемо, какъ новое произведеніе", [1]) но эта статья имѣетъ въ виду переработку всего произведенія заново, а не исправленія и измѣненія, которыя, не превращая произведеніе въ новое, въ то же время имѣютъ для автора существенное моральное значеніе. Вѣдь моральную отвѣтственность передъ обществомъ несетъ не издатель, а авторъ, и ему очень можетъ быть непріятно, когда его вещь издается вторымъ изданіемъ съ тѣми же ошибками, которыя онъ замѣтилъ въ первомъ изданіи, или съ важными пробѣлами, — напримѣръ, издатель, выпуская вторымъ изданіемъ учебникъ гражданскаго права въ 1912-омъ году, не позволилъ автору сдѣлать соотвѣтствующія измѣненія въ главѣ, трактующей объ авторскомъ правѣ. Поэтому можно пожалѣть, что законъ нашъ въ данномъ случаѣ не послѣдовалъ примѣру германскаго права, которое въ § 12 закона объ издательскомъ правѣ постановило, что до окончанія размноженія произведенія авторъ можетъ сдѣлать въ немъ измѣненія; передъ предпринятіемъ новаго изданія издатель долженъ предоставить автору сдѣлать измѣненія, но конечно, такія, которыя не нарушаютъ справедливыхъ интересовъ издателя; авторъ можетъ предоставить сдѣлать измѣнія и третьему лицу; если авторъ, послѣ того какъ издатель приступилъ къ размноженію произведенія пожелаетъ сдѣлать измѣненія, превышающія обычную норму, то онъ обязанъ возмѣстить издателю причиненныя этимъ издержки; но авторъ не платитъ и издержекъ, если измѣненія оправдываются сложившимися обстоятельствами. Такимъ образомъ авторъ учебника гражданскаго права по германскому закону могъ бы потребовать, чтобы издатель предоставилъ ему право переработать весь отдѣлъ объ авторскомъ правѣ сообразно съ регламентаціей, установленной новымъ закономъ, не заплативъ ничего за издержки, понесенныя издателемъ, если, напримѣръ, благодаря передѣлкѣ, размѣръ книги увеличится,

VII. Въ случаѣ если авторъ придетъ къ убѣжденію въ необходимости заново передѣлать ранѣе изданное имъ произведеніе, то, какъ мы выше говорили, законъ нашъ предоставляетъ ему это право, независимо отъ

---

[1]) Ст. 73 зак. 1911.

того, что право на распространеніе произведенія въ первоначальномъ видѣ передано имъ по договору издателю. Но возможенъ случай, когда передѣлка не можетъ удовлетворить автора, когда воззрѣнія автора столь сильно измѣнились, что свое прежнее произведеніе онъ считаетъ глубоко ошибочнымъ, вреднымъ, когда онъ горько стыдиться того, что подобнаго рода произведеніе обращается въ обществѣ подъ его именемъ,—спрашивается имѣетъ-ли возможность авторъ изъять въ данномъ случаѣ это произведеніе изъ обращенія или не имѣетъ? На этотъ вопросъ какъ по нашему закону, такъ и по западнымъ законодательствамъ отвѣтъ долженъ быть безусловно отрицательный:[1]) разъ авторъ опубликовалъ свое произведеніе, оно сдѣлалось уже достояніемъ общества. Правда, нашъ законъ, считаясь съ моральными интересами автора, предоставляетъ ему право выкупить отъ издателя оставшіеся не распроданными экземпляры по цѣнѣ, назначенной для ихъ продажи при выпускѣ изданія въ свѣтъ[2]), и такимъ путемъ воспрепятствовать дальнѣйшему распространенію своего произведенія, но мѣра эта и трудно осуществима, такъ какъ потребуетъ отъ автора большихъ затратъ, и, въ сущности, вовсе не достигаетъ цѣли, намѣченной авторомъ. Прежде всего, авторъ имѣетъ право выкупа только отъ издателя, но право это не распространяется на экземпляры уже проданные частнымъ лицамъ и книгопродавцамъ, а если хоть нѣсколько экземпляровъ даннаго произведенія попадутъ въ общество, то авторъ не можетъ уже воспрепятствовать ознакомленію съ нимъ общества всѣми способами, не нарушающими его авторскаго права въ тѣсномъ смыслѣ этого слова,—такъ, напримѣръ, литературное произведеніе можетъ публично излагаться устно, выдержки изъ него могутъ помѣщаться въ хрестоматіяхъ, художественное произведеніе можетъ быть помѣщаемо на публичныхъ выставкахъ, музыкальное произведеніе—публично исполняться на благотворительныхъ концертахъ и т. п. Кромѣ того, если, выкупивъ у издателя экземпляры своего про-

---

[1]) Хотя, напримѣръ, Huard („Traité de la propriété intellectuelle“, t. I. 1903, p. 293) такое право за авторомъ признаетъ, но утвержденіе это является совершенно голословнымъ и неправильнымъ.

[2]) Ст. 71 зак. 1911 г.

изведенія, авторъ можетъ впослѣдствіи не издавать его болѣе, то это имѣетъ значеніе только пока онъ живъ: послѣ его смерти наслѣдники вольны распространять это произведеніе въ самыхъ широкихъ размѣрахъ. Конечно, авторъ можетъ въ завѣщаніи просить ихъ не издавать даннаго произведенія, но эта просьба имѣетъ для наслѣдниковъ лишь моральное значеніе, и они могутъ не исполнить ея, не подвергаясь за это никакимъ невыгоднымъ послѣдствіямъ. Наконецъ, если даже наслѣдники свято исполнятъ волю автора, по прошествіи пятидесяти лѣтъ со времени его смерти ихъ права кончаются, и каждый можетъ воспроизводить данное произведеніе, не испрашивая чьего-либо разрѣшенія.

Такимъ образомъ, разъ произведеніе авторомъ въ свѣтъ выпущено, онъ уже не является полновластнымъ распорядителемъ его судьбы. И такое положеніе вещей является, по нашему мнѣнію, вполнѣ правильнымъ. Авторъ воленъ выпускать или не выпускать въ свѣтъ свое произведеніе, но разъ онъ его отдалъ на судъ общества, снова отнять его у общества онъ уже не долженъ имѣть права. Правда, въ извѣстныхъ случаяхъ отъ этого моральные интересы автора могутъ страдать, но ради этихъ его интересовъ нельзя жертвовать интересами общества. Послѣднее можетъ быть въ высшей степени заинтересовано въ возможно болѣе широкомъ распространеніи извѣстнаго произведенія, какъ весьма полезнаго для народа, и нельзя позволить автору изъять навсегда это произведеніе только потому, что убѣжденія автора измѣнились, и онъ почему-либо находитъ свое произведеніе вреднымъ. Для подтвержденія этого положенія достаточно вспомнить примѣръ Гоголя, не признававшаго изъ своихъ произведеній ничего, кромѣ Переписки съ друзьями, или Толстого, относившагося весьма отрицательно подъ старость къ своимъ раннимъ беллетристическимъ произведеніямъ. Развѣ обязано было бы общество преклониться передъ волей этихъ писателей, если бы они пожелали изъять навсегда эти произведенія изъ обращенія?!

Но если, такимъ образомъ, законодательство не признаетъ за авторомъ права безгранично распоряжаться судьбой его уже напечатанныхъ произведеній, а предоставляетъ ему только возможность при жизни ограни-

чивать ихъ распространеніе, то по отношенію къ наслѣдникамъ автора нѣтъ никакого основанія предоставлять и такой возможности. Наслѣдники не судьи произведеній ихъ наслѣдодателя, и считаться съ тѣмъ, пріятно или непріятно имъ распространеніе этихъ произведеній, законодатель не долженъ, такъ какъ это можетъ нарушать интересы общества. Предоставляя имъ исключительное право на воспроизведеніе и распространеніе произведеній автора въ теченіе пятидесяти лѣтъ со времени его смерти законодатель имѣетъ въ виду обезпечить матеріальные интересы наслѣдниковъ, обезпечить ихъ существованіе, какъ наиболѣе близкихъ для автора лицъ, но отнюдь не предоставляетъ имъ это право съ тѣмъ, чтобы они изъ какихъ-либо личныхъ соображеній ограничивали распространеніе этихъ произведеній въ обществѣ. Поэтому, если наслѣдникъ, считая, напримѣръ, произведенія своего наслѣдодателя вредными, не будетъ издавать ихъ въ теченіе всего пятидесятилѣтняго срока и не давать никому позволенія на изданіе ихъ, то такое поведеніе наслѣдника, несомнѣнно, должно быть признано противорѣчащимъ самому назначенію того права, которое ему законодатель предоставилъ. Поэтому многія западныя законодательства принимаютъ извѣстныя мѣры противъ подобнаго рода дѣйствій наслѣдниковъ. Такъ, напримѣръ, въ Англіи законъ въ случаѣ отказа наслѣдниковъ переиздать произведеніе предоставляетъ всякому право обратиться съ жалобой въ Судебный Комитетъ Тайнаго Совѣта Его Величества, и если окажется, что вслѣдствіе отказа наслѣдниковъ книга оказывается изъятой изъ пользованія публики, Судебный Комитетъ можетъ разрѣшить жалобщику издать данную книгу. Въ Испаніи существуетъ иное, болѣе простое средство: здѣсь если книга въ теченіе 20 лѣтъ не будетъ вновь издана, то она становится общественнымъ достояніемъ. Наконецъ, въ нѣкоторыхъ другихъ странахъ въ случаѣ нежеланія автора или его наслѣдниковъ издать сочиненіе, вышедшее изъ обращенія на книжномъ рынкѣ, авторское право на это произведеніе можетъ быть экспропріировано государствомъ, провинціями и общинами. И вотъ при обсужденіи нашего закона въ Государственной Думѣ Милюковымъ внесено было предложеніе включить въ законъ постановленіе, гласящее, что „если че-

резъ пять и болѣе лѣтъ послѣ смерти автора какое либо изъ его произведеній по какимъ бы то ни было причинамъ отсутствуетъ на книжномъ рынкѣ, и правопреемникъ автора не имѣетъ намѣренія издавать его вновь, то каждый желающій можетъ сдѣлать это, доведя предварительно о своемъ намѣреніи до свѣдѣнія наслѣдниковъ, сдѣлавъ публикаціи въ наиболѣе распространенныхъ органахъ печати и выждавъ двухлѣтній срокъ со времени указаннаго извѣщенія автора и публикаціи". Постановленіе это при первомъ чтеніи законопроекта было принято Думой, но большинствомъ всего четырехъ голосовъ. Поэтому при второмъ чтеніи пренія по этому пункту разгорѣлись снова. Милюковъ горячо поддерживалъ свое предложеніе, указывая на цѣлый рядъ примѣровъ ненормальности предоставленія такихъ широкихъ правъ наслѣдникамъ. Онъ ссылался, напримѣръ, на старую книгу Соловцова, содержащую описаніе Сибири, книгу весьма цѣнную по фактическому матеріалу, изданную въ 20-хъ годахъ 19-столѣтія. Десятки лѣтъ изслѣдователи Сибири не имѣли возможности ей пользоваться. Нашелся, наконецъ, издатель-меценатъ Сибиряковъ, который, послѣ долгихъ и тщетныхъ поисковъ наслѣдниковъ Соловцова, издалъ книгу за свой страхъ, за что впослѣдствіи былъ обвиненъ въ контрафакціи. Затѣмъ Милюковъ приводилъ въ примѣръ Владиміра Федоровича Одоевскаго, замѣчательнаго мыслителя и художника, одного изъ основателей т.-наз. славянофильства. Отсутствіе его произведеній на книжномъ рынкѣ составляло серьезную потерю для общества. Находится, наконецъ, издатель, ищетъ и находитъ правопреемника, но послѣдній, даже не знавшій ничего о своихъ правахъ, когда ему о нихъ сообщили, заламываетъ такую несообразную цѣну, что издать книгу оказалось невозможнымъ. Вмѣстѣ съ тѣмъ Милюковъ и баронъ Мейендорфъ, чтобы спасти данное предложеніе, внесли нѣсколько поправокъ значительно смягчающихъ его характеръ. Такъ, Милюковъ соглашался на то, чтобы издатель въ данномъ случаѣ уплатилъ наслѣднику извѣстный процентъ съ прибыли, чтобы онъ могъ издать книгу только въ количествѣ 1200 экземпляровъ съ тѣмъ, чтобы послѣ изданія наслѣдникъ сохранялъ свои авторскія права до истеченія обычнаго срока. Мейендорфъ предлагалъ предоставить

наслѣдникамъ автора право не допускать изданія по уважительнымъ причинамъ, какъ, напримѣръ, ссылаясь на личный характеръ даннаго произведенія, касающагося частной жизни писателя и третьихъ заинтересованныхъ лицъ, или на волю покойнаго, завѣщавшаго не переиздавать его сочиненій, и т. п... Но несмотря на все это, предложеніе Милюкова, къ сожалѣнію, при второмъ чтеніи законопроекта было отклонено. Говоримъ „къ сожалѣнію“ потому, что не видимъ никакихъ сколько-нибудь серьезныхъ основаній противъ его принятія. Единственный сколько-нибудь серьезный доводъ противъ этого постановленія—это ссылка на то, что наслѣдники, отказывая въ изданіи книги, являются исполнителями воли самого автора, къ которой надо отнестись съ уваженіемъ, но и этотъ доводъ при ближайшемъ разсмотрѣніи падаетъ. Прежде всего поправка бар. Мейендорфа предусматриваетъ этотъ случай и ограждаетъ волю покойнаго автора; затѣмъ, если и бываютъ случаи подобныхъ распоряженій со стороны авторовъ, то они крайне рѣдки, въ большинствѣ же случаевъ при нормальномъ порядкѣ вещей препятствія къ широкому распространенію ихъ произведеній рѣзко нарушали бы волю авторовъ—вѣдь они творили для общества, и оцѣнка ихъ произведеній послѣ смерти, признаніе ихъ пользы для народа, каждому автору при жизни рисовалась какъ лучшая награда ихъ творчества, и препятствія для такого распространенія ихъ твореній въ большинствѣ случаевъ являлись бы не соблюденіемъ воли покойныхъ, а жестокимъ глумленіемъ надъ ней и надъ всей цѣлью ихъ жизни; наконецъ, если стремиться свято охранять волю покойныхъ авторовъ, то надо охранять ее и противъ наслѣдниковъ и не позволять имъ издавать произведенія, если авторъ въ завѣщаніи имъ путемъ публикаціи это запретилъ, а между тѣмъ законодательства съ такими распоряженіями не считаются. Все это ясно доказываетъ, что отклоненіе предложенія Милюкова имѣло случайный, не обоснованный серьезными причинами характеръ.

Въ связи съ вопросомъ о правѣ автора и наслѣдниковъ его распоряжаться полновластно судьбой произведенія стоитъ и вопросъ о возможности для кредиторовъ обращать взысканіе на авторское право. Что касается до авторскаго права на произведенія, еще въ свѣтъ не

появившіяся, то здѣсь всѣ согласны въ невозможности обращать на него взысканіе, такъ какъ только самъ авторъ можетъ рѣшить, обнародовать свое произведеніе или нѣтъ, и принудить его къ обнародованію невозможно безъ самаго грубаго нарушенія его моральныхъ интересовъ. Несомнѣнно, такъ далеко итти защита интересовъ кредиторовъ не должна. Иное дѣло произведенія уже выпущенныя въ свѣтъ. Относительно ихъ между законодательствами замѣчается разногласіе. Въ то время какъ одни законодательства исходятъ изъ идеи, что разъ произведеніе въ свѣтъ выпущено, оно уже стало достояніемъ общества, а потому кредиторы могутъ обращать взысканіе на авторское право, какъ на всякое чисто имущественное право [1]), другіе, наоборотъ, полагаютъ, что обращеніе взысканія въ данномъ случаѣ было бы грубымъ нарушеніемъ личныхъ интересовъ автора и наслѣдниковъ, и защищаютъ эти интересы отъ притязаній кредиторовъ [2]); наконецъ, третьи держатся средняго рѣшенія и, не позволяя обращать взысканіе на авторское право при жизни самого автора, признаютъ это возможнымъ по отношенію къ наслѣдникамъ автора [3]). Какъ извѣстно, наше прежнее право придерживалось въ данномъ случаѣ второго рѣшенія [4]), и эту точку зрѣнія сохранилъ и новый законъ, постановивъ, что „авторское право не можетъ быть предметомъ взысканія при жизни автора—безъ его согласія, а послѣ его смерти—безъ согласія его наслѣдниковъ; право на изданіе или иное изъ принадлежащихъ автору правъ, предоставленное по договору другому лицу, можетъ быть предметомъ взысканія по долгамъ сего лица, но лишь въ предѣлахъ договора“ [5]). Такимъ образомъ законъ категорически запрещаетъ обращать взысканіе на авторское право, какъ по отношенію къ самому автору, такъ и его наслѣдникамъ. Мотивировалось такое рѣшеніе тѣмъ, что авторъ, выпустившій въ свѣтъ свое произведеніе, можетъ считать его плохимъ, или, вслѣдствіе измѣнившихся убѣжденій, вовсе

---

[1]) Напримѣръ, въ Бельгіи и Швеціи.
[2]) Напримѣръ, Австрія, Венгрія, Нидерланды.
[3]) Напримѣръ, Германія, Норвегія, Данія.
[4]) Стт. 1040-1041 Уст. Гражд. Судопр.
[5]) Ст. 10 зак. 1911 г.

не желать новаго изданія, или хотя и готовъ снова издать свое произведеніе, но въ измѣненномъ и переработанномъ видѣ,—въ этихъ случаяхъ воля автора, несомнѣнно, оказалась бы нарушенной изданіемъ безъ его согласія произведенія кредиторами [1]). Что касается до распространенія защиты и по отношенію къ наслѣдникамъ автора, то въ ея пользу приводилось, что, во—первыхъ, для наслѣдниковъ автора произведеніе ихъ наслѣдодателя можетъ имѣть не только матеріальное, но и моральное значеніе, и, во 2-хъ, что, принимая наслѣдство, они тѣмъ самымъ принимаютъ на себя и всѣ долги наслѣдодателя, отвѣчая за нихъ своимъ собственнымъ имуществомъ [2]).

При обсужденіи законопроекта въ Государственной Думѣ только депутатъ Тимошкинъ внесъ поправку, направленную къ тому, чтобы статью 10-ую изложить въ въ прямо противоположномъ смыслѣ, признавъ, что авторское право можетъ быть предметомъ взысканія, такъ какъ авторъ можетъ надѣлать множество долговъ и никогда не заплатитъ ни копейки, потому что у него ничего не найдется, кромѣ авторскаго права, которое взять никто никоимъ образомъ не можетъ [3]).

Это предложеніе Тимошкина было, однако, отвергнуто Думой послѣ краткой реплики докладчика Пергамента, заявившаго, что поправка Тимошкина въ корнѣ отвергаетъ самое существо и природу авторскаго права, которое должно всегда оставаться предметомъ единоличнаго распоряженія автора, являющагося не только творцомъ, но и высшимъ судьей своего произведенія, почему долго распространяться на эту тему является излишнимъ [4]). Мы, однако, полагаемъ, что поправка Тимошкина вовсе не заслуживала такого поверхностнаго къ себѣ отношенія. Взглядъ, высказанный Тимошкинымъ, нисколько не является чѣмъ-то органически противорѣчащимъ природѣ авторскаго права, и г. Тимошкинъ могъ бы въ подтвержденіе его сослаться на достаточное количество выдающихся юристовъ, раздѣляющихъ этотъ взглядъ, упрекнуть которыхъ въ непониманіи существа авторскаго права

---

[1]) Краткая записка М. Юстиціи, стр. 43—44.
[2]) Докладъ Пергамента, стр. 10.
[3]) Стеногр. От. Г. Д. засѣд. 89 стр. 1478.
Стеногр. От. Г. Д. засѣданіе, 89 стр. 1478—1479.

врядъ ли возможно; изъ этихъ юристовъ мы укажемъ хотя бы на берлинскаго профессора Колера,[1]) на Рицлера,[2]) Делаланда,[3]) проф. Шершеневича,[4]) и на составителей проекта нашего гражданскаго уложенія Вообще, пожалуй, можно сказать, что въ научной литературѣ мнѣніе г-на Тимошкина имѣетъ больше сторонниковъ, чѣмъ мнѣніе большинства Государственной Думы и Совѣта. И если вдуматься въ тѣ доводы, на которыхъ Дума основывала свое рѣшеніе, то неосновательность ихъ, мнѣ кажется, будетъ очевидной. Такъ, прежде всего, мы рѣшительно отказываемся понять, какое значеніе для запрещенія обращать взысканіе на авторское право по отношенію къ наслѣдникамъ имѣетъ то обстоятельство, что послѣдніе, принимая наслѣдство, тѣмъ самымъ принимаютъ на себя и отвѣтственность за долги наслѣдодателя своимъ собственнымъ имуществомъ, такъ какъ эта отвѣтственность ихъ никоимъ образомъ не можетъ служить основаніемъ для освобожденія отъ взысканія имущества, дошедшаго къ нимъ отъ наслѣдодателя—это было бы какое-то beneficium inventarii навыворотъ! Точно также, какъ мы выше доказывали, законодательство не должно признавать за наслѣдниками права рѣшать безконтрольно вопросъ о томъ, надлежитъ ли издавать произведеніе автора или нѣтъ, разъ произведеніе самимъ авторомъ было въ свѣтъ выпущено. Такимъ образомъ, запрещеніе обращать взысканіе на авторское право по отношенію къ наслѣдникамъ автора, несправедливо нарушая интересы кредиторовъ, въ то же время не оправдывается рѣшительно никакими серьезными основаніями.

Что касается до обращенія взысканія на авторское право по отношенію къ автору, то противъ этого, какъ мы видѣли, выставлялись два довода: во-первыхъ, то, что это лишало бы автора возможности передѣлать свое произведеніе и, такимъ образомъ, заставляло бы автора терпѣть распространеніе произведенія въ томъ видѣ, который болѣе уже не удовлетворяетъ автора; во вто-

---

[1]) Kohler, „Urheberrecht an Schriftwerken“ s. 456—458.
[2]) Riezler, „Deutsches Urheber-und Erfinderrecht“ 1909 s. 301.
[3]) Delalande. „Etude sur la proprieté litteraire et artistique“ 1880 p. 92.
[4]) Авторское право, стр. 230—231.

рыхъ, благодаря обращенію взысканія, произведеніе будетъ издаваться и распространяться, когда авторъ не желалъ допускать вообще новаго изданія, считая свое произведеніе плохимъ, роняющимъ его литературное имя, или даже вреднымъ. Изъ этихъ доводовъ несостоятельность перваго очевидна, такъ какъ если-бы авторъ пожелалъ заново передѣлать свое произведеніе, право это за нимъ остается и послѣ обращенія взысканія на авторское право на произведеніе въ его первоначальномъ видѣ. Правда, авторъ могъ имѣть въ виду не полную переработку, а лишь частичныя исправленія, не превращающія данное произведеніе въ совершенно новое, но для огражденія справедливыхъ въ данномъ случаѣ интересовъ автора нужно не запрещеніе обращенія взысканія на авторское право, а предоставленіе автору права требовать, чтобы всякій издатель при размноженіи произведенія издавалъ бы его съ тѣми исправленіями, какія пожелаетъ сдѣлать авторъ. Подобное право, какъ мы выше говорили, признается германскимъ правомъ, и введеніе его у насъ въ Россіи дѣйствительно необходимо для охраны личныхъ интересовъ авторовъ.

Болѣе серьезенъ второй доводъ—нежеланіе автора вообще видѣть свое произведеніе распространяемымъ,— но и его, по нашему мнѣнію, недостаточно для оправданія такого нарушенія интересовъ кредиторовъ, которое устанавливаетъ нашъ законъ, потому что самъ законъ нашъ въ цѣломъ родѣ случаевъ совершенно не считается съ вышеупомянутымъ желаніемъ автора. Авторъ можетъ упорно нежелать, чтобы его произведеніе распостранялось въ публикѣ, могъ стыдиться его, а между тѣмъ, если его произведеніе было литературнымъ, онъ не можетъ протестовать противъ его публичнаго изложенія или помѣщенія въ хрестоматіяхъ, если произведеніе было музыкальнымъ, оно будетъ исполняться публично на всѣхъ благотворительныхъ концертахъ, если оно было художественнымъ — оно можетъ быть помѣщено на выставкѣ, гдѣ его увидятъ тысячи людей, или части его будутъ изображаться на всевозможныхъ изданіяхъ заводской, фабричной и ремесленной промышленности. Такимъ образомъ, разъ произведеніе въ свѣтъ выпущено, авторъ не можетъ помѣшать ознакомленію съ нимъ публики въ широкихъ размѣрахъ,—какое же основаніе считается

съ этой волей автора только тогда, когда дѣло идетъ объ удовлетвореніи кредиторовъ автора. Наконецъ, если даже признать невозможнымъ допустить выпускъ новаго изданія, разъ авторъ этого по какимъ-либо мотивамъ не желаетъ, то и въ этомъ случаѣ надо было бы только при допущеніи взысканія на авторское право обусловить, что пріобрѣтатель можетъ осуществить свое право лишь послѣ смерти автора. Въ такомъ случаѣ и кредиторы хоть что-нибудь получили бы, и было бы соблюдено извѣстное соотвѣтствіе между закономъ и той цѣлью, ради которой онъ изданъ, тогда какъ теперь, запрещая обращать всысканіе на авторское право потому только, что авторъ можетъ не желать дальнѣйшаго распространенія своего произведенія, законъ нисколько не препятствуетъ автору, отказавшемуся удовлетворить своихъ кредиторовъ, преспокойно продолжать выпускать свое произведеніе вторымъ и третьимъ изданіями. Все это вмѣстѣ взятое заставляетъ насъ признать статью 10-ую нашего новаго закона и формулированной неправильно и по существу не удовлетворяющей требованіямъ политики права.

VIII. Кромѣ личныхъ правъ автора, какъ творца извѣстнаго произведенія, законъ нашъ объ авторскомъ правѣ затрогиваетъ и нѣкоторыя другія права на собственную личность, какъ, напримѣръ, право на собственное изображеніе въ художественныхъ и фотографическихъ произведеніяхъ. Детальное разсмотрѣніе этого права не входитъ въ нашу задачу, ограниченную разсмотрѣніемъ только личныхъ правъ авторовъ, какъ таковыхъ, но мы не можемъ не отмѣтить, что въ этомъ отношеніи законъ нашъ стоитъ ниже всякой критики. Несмотря на то, что вопросъ о правѣ на собственное изображеніе обсуждался довольно оживленно въ западной литературѣ, а у насъ приватъ-доцентъ А. В. Завадскій даже посвятилъ разсмотрѣнію этого вопроса въ связи съ его разрѣшеніемъ нашимъ законопроектомъ спеціальную статью, [1])—и Государственная Дума и Государственный Совѣтъ не обратили на всю эту литературу рѣшительно

[1]) Завадскій, „О правѣ на собственное изображеніе (по поводу § 50 Проекта М. Юстиціи объ авторскомъ правѣ)“ 1909 г.

никакого вниманія. Въ результатѣ получилось, что право на фотографическія произведенія оказалось регламентированнымъ несравненно хуже всѣхъ остальныхъ частей закона. Для доказательства этого положенія отмѣтимъ слѣдующее:

1) Въ то время какъ по отношенію къ художественнымъ портретамъ авторское право принадлежитъ лицу, съ котораго написанъ портретъ или сдѣланъ бюстъ, либо его наслѣдникамъ, [1]) авторское право на фотографическій портретъ принадлежитъ заказчику [2]). Почему такое отличіе—неизвѣстно. Правда, въ Государственномъ Совѣтѣ Крестовниковъ предложилъ поправку, имѣющую цѣлью приравнять фотографическіе портреты въ этомъ отношеніи художественнымъ, ссылаясь на то, что иначе авторское право будетъ принадлежать артельщику, которому хозяинъ поручитъ заказать свой портретъ, но поправка эта была отвергнута послѣ реплики докладчика проф. Гримма, указавшаго, что въ данномъ примѣрѣ артельщикъ будетъ лишь представителемъ заказчика. [3]) Примѣръ, приведенный Крестовниковымъ, конечно, не особенно удаченъ, но тѣмъ не менѣе по существу поправка его безусловно правильна, такъ какъ далеко не всегда заказчикъ можетъ быть признанъ представителемъ лица, съ котораго портретъ сдѣланъ.

2) Примѣненіе статьи 62-ой къ фотографическимъ портретамъ можетъ привести прямо-таки къ невозможнымъ результатамъ. Благодаря ей каждый можетъ снять копію съ вашей карточки для собственнаго употребленія, въ чемъ бы послѣднее не заключалось; затѣмъ каждый можетъ помѣщать вашу карточку на публичныхъ выставкахъ; наконецъ, она цѣликомъ (художественный портретъ только частью) можетъ быть воспроизведена въ издѣліяхъ промышленности заводской, фабричной и ремесленной. Не знаю, какъ членамъ Думы и Совѣта, но большинству гражданъ, я увѣренъ, будетъ страшно непріятно видѣть, какъ ихъ физіономіи будутъ фигурировать на водочныхъ бутылкахъ, на средствахъ для ращенія волосъ, на лѣкарствахъ отъ болѣзней кожи и т. п.

---

[1]) Ст. 52 зак. 1911 г.
[2]) Ст. 59 зак. 1911 г.
[3]) Стеногр. Отчетъ Гос. Сов. засѣданіе 6-ое стб. 268.

3) Далѣе, если для защиты авторскаго права на фотографію пейзажа достаточно пятилѣтняго срока, то сколько непріятностей, а даже и семейныхъ драмъ повлечетъ за собой, если фотографъ по прошествіи пяти лѣтъ будетъ распространять фотографическія карточки своихъ кліентовъ и кліентокъ.

4) Наконецъ, защищая столь ревностно авторское право отъ взысканій кредиторовъ, законъ нашъ почему-то дѣлаетъ исключеніе для произведеній фотографическихъ. Это было бы правильнымъ, если бы вмѣстѣ съ тѣмъ дѣло не шло опять-таки о правѣ на собственное изображеніе, такъ какъ врядъ ли желательно предоставить кредиторамъ несостоятельнаго должника возможность пріобрѣтать авторское право на его фотографическія карточки съ тѣмъ, чтобы распространять ихъ по своему усмотрѣнію, какъ бы это ни нарушало его личные интересы.

IX. Мы разсмотрѣли выше, какъ регламентируетъ нашъ новый законъ объ авторскомъ правѣ личныя права авторовъ. Теперь намъ предстоитъ выяснить, въ какомъ отношеніи находятся эти личныя права съ авторскимъ правомъ въ тѣсномъ смыслѣ этого слова.

Здѣсь, прежде всего, обнаруживается, что охрана этихъ личныхъ правъ по нашему закону въ большинствѣ случаевъ не поставлена въ зависимость отъ охраны авторскаго права, — они защищаются, хотя бы авторъ авторскаго права не имѣлъ, или правонарушитель авторскаго права не нарушалъ. Такъ мы видѣли, что законъ нашъ и при дозволенныхъ заимствованіяхъ изъ чужихъ произведеній требуетъ указаніе автора [1]); тѣмъ болѣе указаніе автора должно быть обязательнымъ и при дозволенномъ воспроизведеніи чужого произведенія цѣликомъ, — напримѣръ, когда авторъ отрекся отъ своего авторскаго права. Точно также законъ запрещаетъ раскрывать псевдонимъ или анонимъ автора и тѣмъ лицамъ, которымъ вполнѣ или въ части уступлено авторское право на произведеніе, и издателямъ [2]). Не могутъ эти лица измѣнять, дополнять и сокращать чужія произведе-

---

[1]) Стт. 19 зак. 1911 г.
[2]) Ст. 20 и 70 зак. 1911 г.

нія [1]). Что касается до передѣлокъ чужихъ повѣствовательныхъ произведеній въ драматическую форму и наоборотъ, то законъ нашъ въ данномъ случаѣ прямо указываетъ, что „уступка права на изданіе литературнаго произведенія не заключаетъ въ себѣ уступки права: 1) на переводъ его на другіе языки, и 2) на передѣлку...“ [2]). Изъ этого можно заключить, что и отреченіе автора отъ своего авторскаго права не даетъ еще права всѣмъ и каждому передѣлывать его произведенія безъ спеціальнаго на то разрѣшенія автора.

Исключеніемъ изъ общаго правила является, повидимому, только право автора на неразглашеніе во всеобщее свѣдѣніе его произведеній, въ свѣтъ не появившихся. Здѣсь возникаетъ вопросъ, распространяется ли это право автора на всякія произведенія или лишь на такія, которыя являются объектомъ защиты со стороны авторскаго права? И вотъ этотъ вопросъ, напримѣръ, германское право разрѣшаетъ въ послѣднемъ смыслѣ [3]). Такое же рѣшеніе надо, повидимому, дать и для русскаго права. Это видно, во-первыхъ, изъ того, что законъ нашъ право на публичное изложеніе или опубликованіе содержанія не появившагося въ свѣтъ литературнаго произведенія относитъ къ авторскому праву, вслѣдствіе чего, когда законъ говоритъ, что законы, правительственныя распоряженія, постановленія законодательныхъ учрежденій, земскихъ, городскихъ, сословныхъ и другихъ общественныхъ собраній, матеріалы, на коихъ эти законы, распоряженія и постановленія основаны, а также рѣшенія судебныхъ установленій не составляютъ предмета авторскаго права [4]), то это значитъ, что къ нимъ не имѣетъ отношенія и статья 27-ая. Подтвержденіемъ этого можетъ служить и то обстоятельство, что въ то время какъ всѣ предшествующіе проекты закона объ авторскомъ правѣ, включая сюда и проекты Министра Юстиціи и О. Я. Пергамента, позволяли печатать только офиціально опубликованные матеріалы къ законамъ,—въ окончательной формулировкѣ это ограниченіе было исключено, при чемъ Д. Д. Гриммъ

---

[1]) Тамъ же.
[2]) Ст. 75 зак. 1911 г.
[3]) См. Riezler, op. cit. стр. 22.
[4]) Ст. 37 зак. 1911 г.

въ своемъ докладѣ Государственному Совѣту указывалъ, что исключеніе этихъ словъ, не предоставляя частнымъ лицамъ права на полученіе изъ правительственныхъ и иныхъ учрежденій этихъ матеріаловъ, означаетъ только, что съ точки зрѣнія авторскаго права безразлично, были ли эти матеріалы официально опубликованы или не были [1]).

Противъ такого рѣшенія нашего закона въ частности, конечно, ничего нельзя возразить, такъ какъ оно произведеній частныхъ лицъ не касается, но принципіально ограничивать защиту авторовъ отъ оглашенія ихъ не появившихся въ свѣтъ произведеній только относительно такихъ произведеній, которыя составляютъ предметъ авторскаго права, является, конечно, безусловно неправильнымъ. Авторское право имѣетъ цѣлью защитить матеріальные интересы авторовъ, и законодатель въ извѣстныхъ случаяхъ можетъ принести эти интересы въ жертву интересамъ общества, нуждающагося въ широкомъ распространеніи какого-либо рода произведеній, но послѣдній мотивъ никоимъ образомъ не можетъ оправдать предоставленіе каждому права вторгаться въ личные интересы автора и оглашать его не появившіяся въ свѣтъ произведенія безъ его согласія.

За этимъ исключеніемъ, не имѣющимъ у насъ въ Россіи большого практическаго значенія, такъ какъ, кромѣ произведеній, перечисленныхъ въ статьѣ 37-ой, всѣ остальныя предметъ авторскаго права составляютъ — въ общемъ, такимъ образомъ, личныя права авторовъ охраняются независимо отъ охраны авторскаго права. Но этотъ принципъ, къ сожалѣнію, нашимъ закономъ послѣдовательно не выдержанъ. Сказывается это прежде всего въ томъ, что послѣ смерти автора личныя права его вмѣстѣ съ авторскимъ правомъ переходятъ по наслѣдству. Судьба ихъ неразрывно связана съ авторскимъ правомъ: къ кому перейдетъ послѣднее, къ тому переходятъ и личныя права; только относительно частныхъ писемъ, дневниковъ и записокъ законъ дѣлаетъ, какъ мы выше видѣли, исключеніе.

Нѣсколько неясенъ вопросъ, что дѣлается съ личными

---

[1]) Докладъ Д. Д. Гримма—см. у Пиленко, „Новый законъ объ авторскомъ правѣ", 1911 г., стр. 91.

правами автора послѣ его смерти, когда онъ свое авторское право не передалъ никому по наслѣдству, а отрекся отъ него, предоставивъ всякому желающему свободно воспроизводить свои произведенія. Сомнѣніе вызываетъ статья 20-ая. Она говоритъ, что лицо, которому вполнѣ или въ части уступлено авторское право на произведенія, не въ правѣ безъ согласія автора или его наслѣдниковъ издавать или публично исполнять произведеніе съ дополненіями, сокращеніями и т. п. Изъ нея можно вывести, что авторское право можетъ вполнѣ принадлежать другому лицу, а между тѣмъ личныя права за наслѣдниками сохраняются; слѣдовательно, они сохраняются и тогда, когда наслѣдники авторскаго права не имѣютъ не потому, что авторъ передалъ его кому-нибудь, а вслѣдствіе отреченія. Съ такимъ толкованіемъ, однако, мы согласиться не можемъ. Данный законъ, когда говоритъ о наслѣдникахъ, подразумѣваетъ подъ ними не тѣхъ лицъ, которымъ авторъ оставилъ послѣ себя что-нибудь, и не тѣхъ, которые по закону имѣли право на наслѣдованіе послѣ него (послѣднее законъ въ видѣ исключенія спеціально указываетъ въ статьяхъ о частныхъ письмахъ и дневникахъ), а исключительно тѣхъ, которымъ досталось по наслѣдству авторское право. Поэтому, если авторъ авторскаго права никому по наслѣдству не передалъ, то у него нѣтъ и наслѣдниковъ, о которыхъ говоритъ законъ. Въ результатѣ получается, что если авторъ отрекся отъ своего авторскаго права, то пока онъ живъ, онъ можетъ охранять свои личныя права, но послѣ его смерти они исчезаютъ.

Но права наслѣдниковъ на авторское право черезъ 50 лѣтъ со времени смерти автора прекращаются. Спрашивается, прекращается ли вмѣстѣ съ нимъ и охрана личныхъ правъ? Хотя законъ прямыхъ указаній не даетъ, но отвѣтъ на этотъ вопросъ можетъ быть только утвердительный. Это видно изъ того, что законъ нашъ эти личныя права всюду причисляетъ къ авторскому праву, а разъ наслѣдники послѣднее утратили, и законъ не оговаривается, что какія-либо права за ними остаются и по истеченіи 50 лѣтъ, то значитъ имъ больше не можетъ принадлежать и охрана личныхъ правъ.

Такимъ образомъ, послѣ смерти автора охрана его личныхъ правъ переходитъ къ наслѣдникамъ авторскаго

права,—они могутъ преслѣдовать нарушителей и могутъ позволить дѣлать съ произведеніями наслѣдодателя что угодно, такъ какъ по нашему закону уголовное преслѣдованіе за нарушеніе авторскаго права начинается не иначе, какъ по жалобѣ потерпѣвшаго [1]). По прошествіи же 50 лѣтъ со времени смерти автора или даже раньше, если авторъ отрекся отъ своего авторскаго права, или если онъ не распорядился при жизни этимъ правомъ, и послѣ него не осталось наслѣдниковъ, охрана личныхъ правъ прекращается совсѣмъ,—каждый можетъ издавать его произведенія подъ чужимъ именемъ, если это не будетъ признано мошенничествомъ, передѣлывать по своему усмотрѣнію и т. п. Такое положеніе вещей безусловно должно быть признано нецѣлесообразнымъ и нелогичнымъ, и допущеніе такой несообразности является лучшей иллюстраціей, какая серьезная ошибка заключается въ смѣшеніи столь различныхъ по природѣ институтовъ, какъ личныя права авторовъ, съ одной стороны, и авторское право въ тѣсномъ смыслѣ этого слова, съ другой. Въ самомъ дѣлѣ, если переходъ авторскаго права къ наслѣдникамъ имѣетъ свое основаніе въ желаніи законодателя обезпечить матеріальное благосостояніе потомковъ автора и людей ему близкихъ, а также облегчить самимъ авторамъ изданіе произведеній на склонѣ жизни, то спрашивается, чѣмъ можетъ быть мотивированъ переходъ къ наслѣдникамъ и личныхъ правъ автора? Если объяснить это желаніемъ оградить моральные интересы самихъ наслѣдниковъ, для которыхъ можетъ быть непріятнымъ и оскорбительнымъ уродованіе произведеній ихъ наслѣдодателя или изданіе ихъ подъ чужимъ именемъ, то это объясненіе наталкивается на рядъ противорѣчій. Прежде всего тогда является непонятнымъ, почему законъ защищаетъ эти моральные интересы только 50 лѣтъ, а по прошествіи этого срока тѣ же самые наслѣдники должны терпѣть нарушеніе ихъ моральныхъ интересовъ: вѣдь если прекращеніе авторскаго права по истеченіи даннаго срока оправдывается интересами общества, то для общества вовсе не имѣетъ значенія поставить предѣлы охранѣ личныхъ интересовъ наслѣдниковъ, такъ какъ охрана

[1]) Зак. 1911 г., ст. VII.

эта не препятствуетъ распространенію произведеній добросовѣстными издателями. Самъ законодатель считался съ этими соображеніями въ томъ случаѣ, когда считалъ, что дѣло идетъ о защитѣ моральныхъ интересовъ самихъ наслѣдниковъ, и по вопросу о частныхъ письмахъ и дневникахъ оградилъ моральные интересы пережившаго супруга и дѣтей покойнаго независимо отъ истеченія пятидесятилѣтняго срока, — какое же основаніе тогда игнорировать это обстоятельство въ другихъ аналогичныхъ случаяхъ? Далѣе по тому же вопросу о частныхъ письмахъ и дневникахъ законодатель самъ призналъ, что только у законныхъ наслѣдниковъ можно признать существованіе моральныхъ интересовъ, связанныхъ съ произведеніями наслѣдодателя, такъ какъ наслѣдники по завѣщанію въ большинствѣ случаевъ являются лицами посторонними. Соображеніе вполнѣ правильное, особенно если принять во вниманіе, что за эти 50 лѣтъ права на произведенія могутъ перейти черезъ много рукъ и очутиться у такого лица, признавать за которымъ наличность вышеуказанныхъ моральныхъ интересовъ можно съ равнымъ правомъ, какъ и за каждымъ безъ исключенія гражданиномъ даннаго государства. Наконецъ, если признать хотя бы даже у однихъ законныхъ наслѣдниковъ наличность самостоятельныхъ моральныхъ интересовъ, требующихъ защиты, то, спрашивается, почему законъ охраняетъ эти интересы только тогда, когда авторъ оставилъ имъ и авторское право? Неужели можно полагать, что наслѣдникамъ только тогда непріятно изданіе въ изуродованномъ видѣ произведеній ихъ отца или мужа, когда онъ обезпечилъ имъ доходъ съ своихъ произведеній, а если, напримѣръ, онъ отрекся отъ авторскаго права, то сразу моральные интересы наслѣдниковъ исчезаютъ? Мнѣ кажется, что все это ясно указываетъ на невозможность мотивировать переходъ личныхъ правъ автора къ наслѣдникамъ необходимостью оградить самостоятельные моральные интересы послѣднихъ.

Точно также невозможно обосновывать переходъ личныхъ правъ автора къ наслѣдникамъ желаніемъ обезпечить исполненіе воли покойнаго автора и оградить его литературную репутацію отъ посягательствъ со стороны постороннихъ лицъ, предоставивъ защиту памяти автора

наслѣдникамъ, какъ лицамъ ему наиболѣе близкимъ, которымъ дороже чѣмъ кому-либо неприкосновенность добраго имени автора. Если мы примемъ это предположеніе, что въ данномъ случаѣ наслѣдники защищаютъ не свои личные моральные интересы, а лишь оберегаютъ волю и память покойнаго автора, то опять становится непонятнымъ, почему эта воля и память автора защищаются только въ теченіе 50 лѣтъ, а тамъ надъ ней можно глумиться, сколько угодно. Непонятно также въ данномъ случаѣ, почему законъ принимаетъ мѣры для охраны памяти только тѣхъ авторовъ, которые матеріально обезпечили своихъ наслѣдниковъ, и оставляетъ безъ защиты репутацію тѣхъ, которые, движимые великодушными побужденіями, предоставили обществу возможность свободно пользоваться ихъ произведеніями, отрекшись отъ авторскаго права.

Сказаннаго, мнѣ кажется, достаточно, чтобы убѣдиться, насколько нелогично связывать судьбу личныхъ правъ автора съ авторскимъ правомъ и передавать первыя вмѣстѣ съ послѣднимъ по наслѣдству. Изъ природы этихъ личныхъ правъ автора ясно обнаруживается, что въ случаѣ смерти автора возможно только одно изъ двухъ рѣшеній: или права эти, какъ неразрывно связанныя съ личностью автора, со смертью его должны исчезнуть совсѣмъ, или законодатель можетъ признать, что интересы общества требуютъ огражденія литературнаго добраго имени авторовъ и послѣ ихъ смерти, что общество не можетъ позволить литературнымъ наѣзднікамъ присваивать, напримѣръ, авторство на произведенія людей, которые всю жизнь проработали на пользу народа и видѣли единственную награду въ томъ, чтобы оставить нерукотворный памятникъ въ сердцахъ согражданъ; въ послѣднемъ случаѣ законодатель долженъ преслѣдовать нарушенія литературной чести покойныхъ авторовъ въ порядкѣ публичнаго обвиненія и не ограничивать эту защиту какимъ-либо срокомъ со времени смерти автора. И мы лично полагаемъ, что послѣднее рѣшеніе было бы болѣе правильнымъ, такъ какъ свято оберегать духовное наслѣдіе художниковъ, композиторовъ и литераторовъ есть прямая обязанность общества, которое воспользовалось этимъ наслѣдіемъ и многимъ ему обязано. Конечно, и безъ правовой защиты память авто-

ровъ оберегается отъ нарушеній критикой и общественнымъ мнѣніемъ, но этого часто далеко бываетъ недостаточно.

Но, высказавшись за установленіе охраны личныхъ правъ автора въ публично-правовомъ порядкѣ, мы, однако, должны оговориться, что это желательно и возможно далеко не во всѣхъ случаяхъ. Государство можетъ запретить подъ страхомъ наказанія печатать произведенія покойнаго автора подъ чужимъ именемъ, можетъ преслѣдовать изданіе чужихъ произведеній подъ именемъ умершаго автора, можетъ, наконецъ, защищать произведенія его отъ искаженій и передѣлокъ. Иначе долженъ рѣшиться вопросъ объ изданіи анонимныхъ или псевдонимныхъ произведеній подъ настоящимъ именемъ автора: здѣсь прежде всего само общество можетъ быть заинтересовано въ томъ, чтобы знать, кто авторъ данныхъ произведеній, а такъ какъ со смертью автора потеряли значеніе и причины, заставлявшія его скрываться, то нѣтъ основанія запрещать раскрывать псевдонимы и анонимы тѣмъ болѣе, что послѣ смерти автора тайну невозможно и соблюсти. Труднѣе рѣшить вопросъ о посмертномъ изданіи произведеній, которыхъ авторъ при жизни не напечаталъ, а также и частныхъ писемъ. Многіе авторы при жизни неоднократно высказывали взглядъ о недопустимости изданія подобныхъ произведеній, которыя или оглашаютъ во всеобщее свѣдѣніе интимную жизнь автора или являются въ большинствѣ случаевъ столь слабыми, что только роняютъ въ глазахъ общества имя автора и роняютъ незаслуженно, такъ какъ самъ авторъ ихъ никогда бы не издалъ. Нельзя не согласиться, что доводъ весьма серьезный. Но вмѣстѣ съ тѣмъ, если личные интересы автора говорятъ противъ посмертныхъ изданій, то, съ другой стороны, интересы общества требуютъ противоположнаго рѣшенія. Частныя письма и дневники являются драгоцѣннымъ матеріаломъ не только для біографіи даннаго писателя, но и для исторіи, и запрещеніе издавать ихъ причинило бы неизмѣнимую потерю для науки; то же самое нужно сказать и о другихъ не изданныхъ произведеніяхъ, между которыми встрѣчаются такія вещи, которыя сами по себѣ имѣютъ высокую художественную цѣнность. Поэтому въ лучшемъ случаѣ что можно допустить — это разрѣшеніе

издавать письма и рукописи, въ случаѣ, если авторъ не желалъ этого, только по прошествіи извѣстнаго количества лѣтъ, но и тутъ, такъ какъ государство не можетъ на себя взять обязанность исполнять посмертныя распоряженія частныхъ лицъ, то автору ничего другого не остается, какъ поручить исполненіе его воли надежному лицу, оставивъ ему авторское право на эти произведенія.

X. Что касается до послѣдствій нарушенія личныхъ правъ автора, то они прежде всего состоятъ въ наложеніи на виновнаго уголовнаго наказанія по первой части статьи 620-ой Уголовнаго Уложенія, за исключеніемъ присвоенія авторства на цѣлое чужое произведеніе, караемое по 3-ей части вышеупомянутой статьи. Но, кромѣ того, нарушеніе этихъ правъ влечетъ за собой и частно-правовыя послѣдствія, такъ что права эти должны быть безусловно отнесены къ области гражданскаго права. Правда, главнѣйшее частно-правовое послѣдствіе — взиманіе съ виновнаго вознагражденія за ущербъ — въ большинствѣ случаевъ у насъ въ Россіи не можетъ имѣть мѣста при нарушеніи этихъ правъ, такъ какъ здѣсь обычно нарушаются только моральные, а не имущественные интересы авторовъ, которые, по мнѣнію нашей практики возмѣщенію не подлежатъ, но это не исключаетъ возможности наступленія другихъ послѣдствій частно-правового характера. Къ таковымъ относится прежде всего право автора требовать или передать ему по оцѣнкѣ противозаконно изданные экземпляры или приведенія ихъ въ негодность. Возможность примѣненія этой мѣры вытекаетъ изъ того, что законъ представляетъ это право автору „въ случаѣ противозаконнаго изданія“ произведенія цѣликомъ или въ части [1]), а такъ какъ и изданіе, напримѣръ, произведенія съ сокращеніями и измѣненіями или помѣщеніе отрывковъ изъ чужого произведенія безъ указанія источника будетъ противозаконнымъ, то вышеуказанные случаи, несомнѣнно, подойдутъ подъ статью 24-ую.

Но возможно, что и эта санкція окажется непримѣнимой, — напримѣръ, всѣ экземпляры оказались уже

---

[1]) Ст. 24 зак. 1911 г.

распроданными, или ихъ вовсе не было, когда личное право автора было нарушено не путемъ противозаконнаго изданія—спрашивается, какъ быть автору въ этомъ случаѣ, если онъ не хочетъ или не можетъ преслѣдовать виновника уголовнымъ порядкомъ? Этотъ вопросъ какъ разъ обсуждался Сенатомъ въ 1909 году. Дѣло состояло въ томъ, что нѣкто Барацъ помѣстилъ въ своей книжкѣ заимствованія изъ книжки нѣкоего Сиверса безъ указанія источника. Сиверсъ, на ряду съ другими требованіями, просилъ судъ, а затѣмъ и палату признать самый фактъ заимствованія у него Барацемъ извѣстныхъ частей книги. Такъ какъ эксперты признали, что матеріальныхъ убытковъ Сиверсъ не понесъ, то палата не удовлетворила и этого требованія на томъ основаніи, что установленіе факта заимствованія не можетъ въ данномъ случаѣ повести ни къ признанію за Сиверсомъ по отношенію къ Барацу какого-либо права, ни къ обязанію послѣдняго къ какому-либо въ пользу истца дѣйствію, почему здѣсь нѣтъ и спора о правѣ гражданскомъ. Сенатъ всталъ на иную точку зрѣнія: онъ призналъ, что для истца имѣетъ важное значеніе подобное признаніе для того, чтобы возстановить его репутацію, его достоинство, а такъ какъ отвѣтчикъ съ своей стороны искъ отвергалъ и самый фактъ заимствованія отрицалъ, то, вопреки мнѣнію палаты, здѣсь былъ налицо споръ, и притомъ споръ о правѣ гражданскомъ [1]). Это рѣшеніе Сената имѣетъ, по нашему мнѣнію, безусловно весьма важное значеніе. Многимъ авторамъ отнюдь не важно, что-либо взыскать съ нарушителя или посадить его въ тюрьму—имъ важно, чтобы судъ реабилитировалъ ихъ въ глазахъ общества, возстановилъ ихъ личное право на произведеніе, а это право имъ и даетъ данное рѣшеніе. Благодаря ему личныя права авторовъ получаютъ серьезную частно-правовую защиту.

Этимъ мы и закончимъ нашу статью, посвященную разсмотрѣнію охраны личныхъ правъ авторовъ нашимъ новымъ закономъ объ авторскомъ правѣ. Результаты, къ

---

[1]) Сен. рѣш. 21 января 1909 г.

которымъ мы пришли, можно свести къ слѣдующему положенію: на ряду съ авторскимъ правомъ въ тѣсномъ смыслѣ этого слова существуютъ особыя личныя права авторовъ, относящіяся къ категоріи правъ на собственную личность; природа этихъ правъ совершенно отлична отъ природы авторскаго права, почему смѣшеніе этихъ различныхъ институтовъ нашимъ закономъ подъ понятіе одного авторскаго права повлекло за собой то, что эти личныя права оказались защищенными весьма слабо и регламентированы несогласно съ ихъ природой и назначеніемъ. Въ этомъ мы видимъ основной и самый существенный недостатокъ новаго закона.

Бар. А. А. Симолинъ.

О наказуемости недобросовѣстной конкуренціи.

Сопровождающія капиталистическій ростъ современнаго экономическаго хозяйства разнообразныя и сложныя явленія, будучи его естественнымъ и неизбѣжнымъ порожденіемъ, вызываютъ, въ свою очередь, въ извѣстные моменты къ жизни такіе феномены, которые общественное правосознаніе не можетъ считать допустимыми. Вмѣстѣ съ тѣмъ, методы и пріемы, осуществляющіеся въ современной торгово-промышленной жизни и нерѣдко весьма противорѣчащіе правовымъ представленіямъ общества, въ своемъ процессѣ развитія дифференцируется на дальнѣйшіе виды по степени ихъ большаго или меньшаго отклоненія отъ того, что признается не выходящимъ изъ предѣловъ нормы.

До тѣхъ поръ пока извѣстнаго рода дѣятельность представителей торговли и промышленности, переходя въ своихъ формахъ выраженія общественно-установленныя границы, грозитъ матеріальнымъ благамъ единичныхъ лицъ, реакція противъ ихъ образа дѣйствій обычно ограничивается мѣропріятіями гражданскаго порядка. И лишь когда примѣняемые пріемы и цѣли, преслѣдуемыя въ экономическомъ быту, начинаютъ угрожать болѣе общимъ, охраняемымъ государствомъ, принципамъ и подвергать опасности интересы широкихъ общественныхъ круговъ, передъ государствомъ встаетъ необходимость вмѣшательства со своимъ грознымъ аппаратомъ уголовной санкціи.

Капиталистическое развитіе современныхъ передовыхъ государствъ, совершающееся съ изумительной быстротой, въ весьма недавнее время выдвинуло на очередь эти вопросы борьбы мѣрами уголовно-политическими съ отдѣльными отрицательными явленіями экономической жизни, лишь послѣ того какъ прежде практиковавшихся чисто

гражданскихъ способовъ воздѣйствія оказалось недостаточно. Среди прочихъ явленій, обратившихъ на себя съ этой стороны вниманіе законодателей, находятся, между прочимъ, тѣ феномены, которые сопутствуютъ борьбѣ изъза покупателя [1]) отдѣльныхъ фирмъ и предпріятій и носятъ на техническомъ языкѣ названіе „недобросовѣстной конкуренціи“.[2]).

Понятіе это въ юридическомъ оборотѣ сравнительно новое. Въ стройной, болѣе или менѣе законченной, формѣ недобросовѣстная конкуренція появляется въ судебной практикѣ, а затѣмъ въ законѣ лишь въ недавнее время.

Если не касаться отдѣльныхъ старыхъ законовъ, имѣющихъ болѣе общій характеръ и лишь отчасти могущихъ быть распространенными и на недобросовѣстную конкуренцію, то регламентація этой послѣдней уголовными нормами оказывается продуктомъ законодательнаго творчества лишь послѣднихъ десятилѣтій [3]). Цѣлью настоя-

---

[1]) Конкурренція, по опредѣленію A. Daniel'я, Darstellung des Verbrechens des Unlauteren Wettbewerbs, s. 8, состоитъ: „въ происходящей на полѣ рынка сбыта борьбѣ, призомъ коей является возможно большій сбытъ другимъ лицамъ хозяйственныхъ благъ“.

[2]) Соображенія въ пользу распространенія нормъ уголовнаго права на дѣянія недобросовѣстной конкуренціи въ краткой формѣ хорошо изложены въ объясненіяхъ къ старому германскому закону 1896 года. Приводимъ выдержку по книгѣ Dr Paul Bauer, Der Unlautere Wettbewerb, 1902, s. 35. „Здѣсь прежде всего слѣдуетъ имѣть въ виду, что возникающій вредъ отъ недобросовѣстныхъ коммерческихъ пріемовъ, по большей части, идетъ гораздо дальше круга интересовъ отдѣльныхъ предпринимателей. Этого рода злоупотребленія должны быть признаны общеопасными и если честное предпріятіе подлежитъ защитѣ, то нельзя въ видѣ общаго правила поставить борьбу съ этимъ зломъ въ полную зависимость отъ опредѣляемаго рядомъ внѣшнихъ условій усмотрѣнія отдѣльнаго лица и отъ разрѣшенія лишь гражданскаго иска. Но даже когда причиненный вредъ остается въ узкихъ границахъ, то и тогда по употребляемымъ средствамъ и имѣющимся. ею въ виду задачамъ недобросовѣстная конкуренція въ многочисленныхъ случаяхъ представляется на столько грубымъ нарушеніемъ такихъ принципіальныхъ основъ коммерческихъ отношеній, какъ довѣріе и честность (Treue und Glauben) и вмѣстѣ съ этимъ такимъ ударомъ общему правопорядку, что съ нравственной точки зрѣнія къ ней едва ли можно мягче отнестись, чѣмъ къ мошенничеству, наказуемому самовольному пользованію чужимъ имуществомъ и злоупотребленію довѣріемъ. Публичный интересъ требуетъ уголовнаго возмездія, какъ за эти послѣднія дѣянія, такъ и за болѣе тяжкія нарушенія правилъ о коммерческой конкуренціи.“ См. также Daniel, ц. с. s. 64 und ff.

[3]) Дѣяніе, заключающееся въ пользованіи чужимъ фабричнымъ клеймомъ и товарными знаками и имѣющее черты, приближающія его къ недобросовѣстной конкуренціи, относится, однако, скорѣе къ особымъ видамъ подлога. На этой точкѣ зрѣнія стоитъ Биндингъ, Ванъ Калькеръ, Меркель. Contra Liszt. Германскій законъ о недобросовѣстной конкуренціи не заключаетъ въ себѣ правилъ, нормирующихъ поддѣлку чужого товарнаго знака и пользованіи имъ. Этимъ дѣяніямъ посвященъ спеціальный законъ 1894 года. Онъ же (въ § 20) предусматриваетъ случаи пользованія товарными знаками, хотя

щей статьи является, по преимуществу, попытка отмѣтить наиболѣе тяжкіе случаи недобросовѣстной конкуренціи въ торгово-промышленной сферѣ, предусматриваемые соотвѣтственными современными уголовными нормами. Слово „случаи“ здѣсь примѣнено сознательно, такъ какъ законодатели, разрабатывавшіе данный вопросъ, не давъ пока общаго опредѣленія понятія недобросовѣстной конкуренціи, подвели подъ это понятіе самыя разнообразныя явленія, среди которыхъ встрѣчаются нерѣдко и такія, которыя затрогивались въ старыхъ законодательствахъ подъ совершенно иными рубриками и категоріями. Въ литературѣ, правда, дѣлались попытки дать опредѣленія этого понятія, но эти опредѣленія не вполнѣ совпадаютъ съ тѣмъ положительнымъ содержаніемъ, которое дается недобросовѣстной конкуренціи хотя бы германскимъ закономъ.

Листъ, напримѣръ, понимаетъ подъ недобросовѣстной конкуренціей дѣятельность торговца или промышленника, стремящагося къ пріобрѣтенію путемъ недобросовѣстныхъ пріемовъ покупателей на сфабрикованный имъ или негодный товаръ [1]). Однако онъ самъ видитъ себя вынужденнымъ признать, что его опредѣленіе невполнѣ примѣнимо къ законодательнымъ актамъ, нормирующимъ обсуждаемый вопросъ.

Характерной чертой деликта недобросовѣстной конкуренціи является то обстоятельство, что здѣсь карается не самая сущность дѣянія, заключающаяся въ стремленіи къ коммерческой побѣдѣ надъ другими лицами, занимающимися той же профессіональной дѣятельностью, а лишь опредѣленныя средства объявляются воспрещенными. Конкуренція сама по себѣ вполнѣ допустима и лишь

и не тождественными со знаками другихъ фирмъ, но весьма съ ними сходственными и потому легко могущими допустить смѣшеніе. Этимъ правиламъ соотвѣтствуетъ ст. 1357[1], нашего Ул. о нак. Ср. также §§ 46 и 47. Oesterreichische Gewerbeordnung.

[1]) „Die mit unerlaubten Mitteln unternommene Bewerbung um Abnehmer für selbsterzeugte oder vertriebene Waren“. Liszt, Lehrbuch, 1911, s. 419, Dr Paul Bauer въ вышецитированной работѣ также даетъ неполное, съ точки зрѣнія того же германскаго законодательства, опредѣленіе. Онъ говоритъ на стр. 26: „недобросовѣстной конкуренціей является то дѣйствіе торговца, при помощи котораго онъ, съ намѣреніемъ пріобрѣсти раньше другихъ сбытъ для своихъ работъ и произведеній, вводитъ или стремится ввести въ заблужденіе (покупателя?) путемъ изображенія ложныхъ или искаженія или скрытія вѣрныхъ фактовъ.“

въ зависимости отъ свойства употребляющихся пріемовъ она можетъ стать либо воспрещенной гражданскимъ закономъ, либо караемомъ въ уголовномъ порядкѣ [1]).

Въ Германіи съ 1896 года существовалъ законъ, предусматривавшій явленія этого рода. На смѣну ему пришелъ въ 1909 году новый законъ, замѣнившій собой прежнее германское законодательство въ той области, наиболѣе рѣшительно и всесторонне изъ современныхъ законодательствъ выступившій на публично правовую борьбу съ тѣми явленіями, которыя образуютъ наиболѣе тяжкія формы недобросовѣстной конкуренціи. Въ Англіи соотвѣтственный законъ, хотя гораздо болѣе ограниченный и нормирующій значительно меньшій кругъ явленій, появился въ 1906 году подъ именемъ Prevention of corruption act'a [2]).

Франція до сихъ поръ борется съ явленіями недобросовѣстной конкуренціи преимущественно мѣрами гражданскаго порядка, предоставляя заинтересованнымъ лицамъ добиваться возмѣщенія причиненнаго имъ экономическаго вреда въ видѣ денежнаго вознагражденія [3]). Во французскомъ Code pénal лишь случайно попадаются отдѣльныя постановленія, касающіяся тѣхъ явленій, которыя въ болѣе новыхъ законодательныхъ актахъ другихъ государствъ уже отнесены къ разряду явленій, образующихъ недобросовѣстную конкуренцію. Точно также и Россія еще не вступила на путь выработки спеціальнаго законодательства въ разсматриваемой области. Но и въ

---

[1]) См. Daniel ц. с. стр. 14.

[2]) Аналогичный законъ существуетъ еще въ Австраліи съ 1905 года (Relating to secret commissions and profits). Къ числу немногихъ странъ объединившихъ въ общемъ законѣ нормы, защищающія разные виды промышленной собственности, принадлежитъ также Португалія, принявшая соотвѣтственный законъ 21 мая 1896 года. Этотъ законъ довольно подробно говоритъ о разныхъ типахъ недобросовѣстной конкуренціи (Concorrencia d'sleal), но почему то совершенно не касается обманной рекламы. (См. Bauer ц. с. стр. 60). Спеціальный законъ о недобросовѣстной конкуренціи имѣется также въ швейцарскомъ проектѣ. § 96 проекта гласитъ: „Тотъ, кто оттолкнетъ отъ другого кліентовъ при помощи нечистыхъ средствъ, и именно путемъ хитрыхъ уловокъ, обманныхъ свѣдѣній, злостныхъ инсинуацій, по жалобѣ карается тюрьмой или буссой до 20.000 франковъ, Оба наказанія могутъ быть одновременно примѣнены". Здѣсь, какъ видно, центръ тяжести переносится на поврежденіе чужого оборота, а не на улучшеніе собственнаго. Изъ текста статьи вообще не видно, чтобъ для ея состава необходимъ былъ мотивъ конкуренціи. Лишь заголовокъ статьи относитъ ее именно къ этому виду деликтовъ.

[3]) Art. 1382 Code civil.

нашихъ современныхъ уголовныхъ кодексахъ, въ особенности въ уголовномъ уложеніи 1903 года, правда, въ его до сихъ поръ не введенныхъ въ дѣйствіе частяхъ, имѣются, помѣщенныя въ разныхъ главахъ, разрозненныя статьи, трактующія о нѣкоторыхъ случаяхъ, относимыхъ Германіей къ числу актовъ недобросовѣстной конкуренціи.

Переходя теперь къ изложенію и характеристикѣ дѣйствующихъ уголовныхъ законовъ о недобросовѣстной конкуренціи, мы кладемъ въ основу нашего обзора упомянутый германскій законъ, какъ наиболѣе детальный и полный. При передачѣ содержанія его отдѣльныхъ параграфовъ, касающихся уголовной нормировки конкурренціи, въ тѣхъ случаяхъ, когда его положенія находятъ аналогичное разрѣшеніе въ англійскомъ законѣ, или когда, въ нѣкоторыхъ случаяхъ, имѣется сходство съ французскими или русскими законами, мы будемъ дѣлать соотвѣтственныя сопоставленія.

Германскій законъ 1909 года даже если говорить только о его частяхъ, обложенныхъ уголовными наказаніями, включилъ въ себя весьма разнообразный матеріалъ, объединенный между собой лишь общимъ мотивомъ конкуренціи [1]), взятый изъ различныхъ областей и касающійся многихъ формъ и пріемовъ, практикующихся въ промышленныхъ и торговыхъ кругахъ.

§ 4 этого закона (первые три параграфа предусматриваютъ гражданскія правонарушенія) направленъ противъ рекламы въ тѣхъ переступающихъ грань дозволеннаго видахъ и формахъ, которые представляются подрывающими общественное довѣріе вообще. Этотъ параграфъ редактированъ слѣдующимъ образомъ:

„Кто, съ намѣреніемъ произвести впечатлѣніе особенно выгоднаго предложенія, помѣщаетъ въ публичныхъ объявленіяхъ или предназначенныхъ для большого круга людей извѣщеніяхъ, завѣдомо невѣрныя и способныя ввести въ заблужденіе свѣдѣнія, касающіяся дѣловыхъ отношеній,—въ особенности о производствѣ, происхожденіи, способѣ добыванія или оцѣнкѣ товара или промышленныхъ услугъ, о способѣ полученія товаровъ или объ

---

[1]) Объ исключеніи изъ этого начала см. ниже по поводу § 15.

источникѣ ихъ полученія, о полученіи знаковъ отличія, о поводѣ или цѣли продажи, или о размѣрѣ заготовленій, карается тюрьмой до года и денежнымъ штрафомъ до пяти тысячъ марокъ или однимъ изъ этихъ наказаній".

Эта часть закона 1909 года вмѣстѣ съ § 3-мъ того же закона имѣетъ цѣлью борьбу съ рекламой. Реклама, какъ извѣстно, сама по себѣ представляется средствомъ юридически безразличнымъ, а экономически часто даже полезнымъ. Поэтому, запрету она подвергается лишь въ извѣстныхъ случаяхъ, именно, когда ея пріемы становятся предосудительными. § 3 закона 1909 г., въ значительной своей части совпадая съ только что процитированнымъ § 4 и предусматривая лишь гражданскія послѣдствія въ случаѣ его нарушенія, по обрисовываемому имъ составу дѣянія, отличается отъ § 4 тѣмъ, что не требуетъ сознательнаго указанія невѣрныхъ и вводящихъ въ заблужденіе данныхъ, а удовлетворяется лишь однимъ внѣшнимъ ихъ приведеніемъ. Разница, такимъ образомъ, сводится къ тому, что въ то время, какъ для § 4, съ его уголовной санкціей, требуется наличность субъективнаго момента сознательности дѣйствія и преднамѣренности введенія въ заблужденіе, § 3, знающій послѣдствія лишь въ видѣ обязанія прекращенія дальнѣйшаго представленія невѣрныхъ фактовъ, оставляетъ эту субъективную сторону дѣятеля безъ вниманія. Тюремное заключеніе, какъ санкція типа рекламы, обрисованной въ § 4 закона о недобросовѣстной конкурренціи, является въ Германіи нововведеніемъ, вызваннымъ тѣмъ обстоятельствомъ, что по даннымъ германской практики, угроза стараго закона 1896 года штрафомъ до 1500 марокъ, оказалась недостаточно убѣдительной [1]).

Если въ приведенныхъ выше нормахъ закона подъ той или иной угрозой воспрещаются лживыя утвержденія,

---

[1]) При совершеніи этихъ дѣяній на столбцахъ періодической печати возникаетъ вопросъ о привлеченіи къ отвѣтственности также редактора-издателя и проч. лицъ на основаніи закона о печати (§§ 20 и 21 германскаго закона о печати). Въ этихъ случаяхъ можетъ быть рѣчь лишь о сознательномъ ихъ участіи въ данномъ дѣяніи,—тогда ихъ поведеніе разсматривается какъ соучастіе, или въ ихъ поведеніи усматривается лишь неосторожность, предусмотрѣнная въ § 21 закона о печати и караемая различно, начиная отъ штрафа и кончая годичной тюрьмой. Подробно см. у Finger'a—комментированный законъ объ Unlauterer Wettbewerb, 4 изд., стр. 128.

дающія публикѣ неотвѣчающее дѣйствительности представленіе о предлагаемыхъ ей для продажи предметахъ, то въ томъ же законѣ имѣется одна норма, воспрещающая въ опредѣленномъ случаѣ оглашеніе совершенно правдивыхъ обстоятельствъ. Такъ, денежный штрафъ до 150 марокъ или арестъ можетъ постичь лицо, объявляющее въ своихъ рекламныхъ публикаціяхъ о томъ, что продаваемые товары пріобрѣтены изъ конкурсной массы, въ то время какъ въ моментъ объявленія они болѣе уже къ конкурсной массѣ не принадлежатъ (§ 6). Созданіе этого правила имѣло цѣлью предупрежденіе замѣчавшихся злоупотребленій указаніями на прежнюю принадлежность продаваемаго товара къ конкурсной массѣ,—служившую соблазнительной приманкой для покупателей, тогда какъ въ дѣйствительности данные предметы нерѣдко успѣвали пройти черезъ нѣсколько рукъ и, такимъ образомъ, давно потеряли прелесть возможной дешевизны.

Къ числу пріемовъ, грубо нарушающихъ основы принциповъ добросовѣстной конкуренціи, изслѣдуемый законъ относитъ тотъ случай, когда при объявленіи о распродажѣ пускается въ продажу товаръ, спеціально пріобрѣтенный для цѣли распродажи.

Этотъ маневръ, увеличивающій подъ предлогомъ распродажи оборотъ предпріятія при посредствѣ сбыта товаровъ, спеціально заготовленныхъ дляя кобы происходящей распродажи, относится закономъ къ разряду тяжкихъ нарушеній коммерческой этики и потому облагается той же санкціей, что и дѣянія, отнесенныя къ § 4, т.-е. годичнымъ тюремнымъ заключеніемъ и пятитысячнымъ штрафомъ.

Законъ, далѣе, принимаетъ мѣры къ тому, чтобы въ должной степени вообще регламентировать практику распродажъ, часто направленныхъ лишь къ болѣе успѣшному улавливанію покупателя (§§ 7, 9, 10). Такъ, при объявленіяхъ о распродажахъ владѣльцы предпріятій обязываются указать тѣ основанія, которыя вызвали распродажу.

При этомъ высшей администраціи предоставлено полномочіе, по выслушаніи заключенія указанныхъ въ законѣ торгово-промышленныхъ организацій, требовать, чтобы въ извѣстный срокъ до такого объявленія

въ опредѣленное мѣсто были доставлены какъ свѣдѣнія о поводѣ для распродажи и моментѣ ея начала, такъ и списокъ поступающихъ въ распродажу предметовъ, предоставляемый для ознакомленія всякому желающему. Это правило не должно касаться обычныхъ сезонныхъ распродажъ, а равно и распродажъ всего имѣющагося на складѣ товара (Iwenturansverkauf). Но и относительно распродажъ этихъ послѣднихъ категорій властямъ предоставлено право опредѣлять ихъ число, моментъ открытія и продолжительность [1]). Нарушеніе предписанныхъ правилъ, являясь особымъ видомъ полицейскихъ нарушеній, влечетъ за собой штрафъ до 150 марокъ или арестъ [2]).

Соревнованіе между конкурирующими торгующими фирмами вызвали одно частное явленіе, которое законодатель не только счелъ нужнымъ воспретить, но даже поставилъ подъ защиту уголовной кары.

Обращено было вниманіе на то обстоятельство, что при розничной продажѣ нѣкоторыхъ предметовъ, въ родѣ пива, пряжи, свѣчей, нитокъ и т. п., когда эти товары продаются въ небольшихъ количествахъ, часто практикуется система сбыта ихъ по мнимо-дешевой цѣнѣ, осуществляемой посредствомъ оптически не замѣчаемаго уменьшенія количества отпускаемаго товара. Для противодѣйствія этому злу законъ уполномочиваетъ Союзный совѣтъ на изданіе постановленій, точно опредѣляющихъ допустимость продажи опредѣленныхъ предметовъ лишь въ предустановленныхъ единицахъ числа, мѣры или вѣса или съ указаніемъ мѣста изготовленія или источника происхожденія товара.

Хотя на первый взглядъ эти правила призваны какъ будто защищать лишь покупателя, а не конкурентовъ недобросовѣстнаго продавца, тѣмъ не менѣе они помѣщены въ законѣ, трактующемъ о недобросовѣстной конкуренціи, потому что нарушеніе ихъ въ одинаковой

---

[1]) Разрабатывавшая проектъ комиссія рейхстага предполагала въ самомъ законѣ точнѣе указать моментъ и продолжительность допускаемыхъ сезонныхъ распродажъ, но рейхстагъ предпочелъ въ законѣ общую формулировку, уполномочивающую администрацію на изданіе особыхъ правилъ. (См. Wassermann, Der unlautere Wettbewerb, B. I. S. 113).

[2]) Ср. правила о распродажахъ по австрійскому законодательству: законъ 16 января 1895 года, распоряженіе министра торговли отъ 15 февраля 1895 года.

степени задѣваетъ и покупателя и другихъ продавцовъ, лишающихся кліентовъ благодаря пониженію цѣнъ ихъ конкурентомъ за счетъ скрытаго уменьшенія отпускаемаго товара [1]).

За неисполненіе установленныхъ за этотъ счетъ Союзнымъ Совѣтомъ правилъ, виновные подвергаются отвѣтственности, въ видѣ того же штрафа, до 150 марокъ или ареста [2]).

Особый видъ уголовно воспрещенной недобросовѣстной конкуренціи вводится германскимъ закономъ въ § 12. Здѣсь говорится о злоупотребленіяхъ со стороны служащихъ торговаго предпріятія на почвѣ подкупа ихъ контрагентами, доставляющими данной фирмѣ товары. Составъ даннаго преступленія, образованный наподобіе австралійскаго закона 1905 года (Relating to secret commissions and profits) и уже упомянутаго англійскаго Prevention of Corruption Act'a 1906 года, построенъ по аналогіи съ конструкціей германскаго закона о должностныхъ преступленіяхъ.

Создавая понятіе какъ активнаго, такъ и пассивнаго подкупа, правда, караемаго гораздо мягче должностныхъ преступленій (до года тюрьмы и до пяти тысячъ штрафа), § 12 усматриваетъ уголовное нарушеніе тогда, когда при дѣловыхъ отношеніяхъ, съ цѣлью конкуренціи, служащимъ предпріятія дается или обѣщается какая-нибудь матеріальная польза за недобросовѣстное предпочтеніе къ выгодѣ дающаго или какого-нибудь 3-го лица при полученіи отъ него товара. Преступнымъ признается дѣяніе и дающаго взятку и принимающаго ее. Въ случаѣ осужденія полученная цѣнность конфискуется въ пользу государства. По мысли составителей закона составъ преступленія имѣется налицо лишь когда по полученіи взятки или хотя бы обѣщанія таковой, служащій предпріятія начинаетъ дѣйствовать во вредъ своему до-

---

[1]) Биндингъ, Lehrbuch, Besonderer Teil, B. I, 1902, считаетъ однако, что эти правила установлены, главнымъ образомъ, въ интересахъ покупателя и что поэтому ихъ сфера находится внѣ предѣловъ закона о недобросовѣстной конкуренціи.

[2]) Со времени изданія закона, Союзный Совѣтъ уже нѣсколько разъ пользовался этимъ правомъ (правила 20 ноября 1910 года, дополненныя правилами 17 ноября 1902 года о торговлѣ пряжей, правила 4 декабря 1901 года о свѣчной торговлѣ).

вѣрителю. Если такихъ дѣйствій съ его стороны нѣтъ, если онъ, оказывая одолженіе контрагенту, вмѣстѣ съ тѣмъ не нарушаетъ своего служебнаго долга, то падаетъ вопросъ о преступности его поведенія [1]). Въ законѣ содержится еще оговорка, гласящая, что законъ примѣняется только въ тѣхъ случаяхъ, когда виновному, въ силу другихъ постановленій, не угрожаетъ болѣе тяжкое наказаніе. Здѣсь подразумѣваются составы преступленій мошенничества и злоупотребленія довѣріемъ. Этихъ общихъ нормъ оказалось недостаточно для противодѣйствія описаннымъ случаямъ недобросовѣстной конкуренціи, ибо требуемые закономъ ихъ существенные признаки не всегда имѣются налицо [2]). Кромѣ всѣхъ указанныхъ уголовныхъ санкцій, при наличности дѣяній, заключающихся въ §§ 6, 8, 10, 11 и 12, допускается, по требованію заинтересованной стороны въ образѣ отдѣльныхъ лицъ, занимающихся тѣмъ же или родственнымъ дѣломъ, или промышленныхъ организацій, преслѣдующихъ общія профессіональныя цѣли, сверхъ того искъ о прекращеніи всѣхъ подобнаго рода дѣйствій. Искъ этотъ возможенъ противъ владѣльца предпріятія также и въ томъ случаѣ, когда очерченныя дѣйствія совершаются не лично имъ, а его служащимъ или уполномоченнымъ (§ 13).

Англія въ цитированномъ законѣ 1906 года приблизительно въ тѣхъ же предѣлахъ воспрещаетъ лиходательство и лихоимство между контрагентомъ и служащимъ извѣстной фирмы. Законодатели Англіи сочли нужнымъ, кромѣ того, выдѣлить изъ общаго понятія подкупа служащихъ одинъ случай, повидимому, представляющійся имъ особо характернымъ. Въ третьемъ абзацѣ даннаго закона говорится о томъ, что отвѣчаетъ въ уголовномъ порядкѣ тотъ, кто передаетъ служащему завѣдомо невѣрный документъ, или тотъ, кто въ качествѣ служащаго подноситъ своему довѣрителю такую заключающую въ себѣ завѣдомо ложныя свѣдѣнія бумагу, которая можетъ, по

---

[1]) Комментаторъ закона о недобросовѣстной конкуренціи Wassermann въ своихъ комментаріяхъ, т. I стр. 138 говоритъ: „Мы живемъ теперь въ вѣкъ „чаевыхъ“ и во многихъ случаяхъ не ждемъ отъ принимающаго „на чай“ никакихъ взаимныхъ услугъ, а разсматриваемъ этотъ маленькій подарокъ какъ налогъ, вносимый болѣе обезпеченнымъ менѣе имущему. Поэтому тотъ, кто боится войти въ конфликтъ съ закономъ, предлагая служащему своего дѣлового пріятеля сигару, тотъ не понимаетъ смысла § 12“.

[2]) См. Finger, Der Unlautere Wettbewerb, S. 183.

убѣжденію дающаго, ввести хозяина дѣла въ заблужденіе. Какъ лиходательство и лихоимство, такъ и подобный обманъ служащаго или обманъ служащимъ хозяина карается англійскимъ закономъ тюрьмой, сопряженной съ тяжкими работами или безъ оныхъ въ размѣрѣ до двухъ лѣтъ и штрафомъ до 500 фунтовъ стерлинговъ. Какъ видно, этотъ видъ недобросовѣстной конкуренціи, исчерпывающій собой весь законъ 1906 года, карается Англіей значительно строже Германіи [1]).

Борьба за существованіе въ области коммерціи вызвала къ жизни еще одно явленіе, соціально весьма опасное. Не удовлетворяясь расхваливаніемъ своего товара и подчеркиваніемъ особо выгодныхъ продажныхъ условій въ своемъ дѣлѣ, конкуренты нерѣдко пускаютъ въ ходъ еще иной способъ благопріятнаго оттѣненія своего дѣла по сравненію съ другими аналогичными предпріятіями. Превознося себя и свою фирму, они часто пытаются чернить фирму конкурентовъ.

Пока это самовосхваленіе, съ одной стороны, и критика конкурентовъ, съ другой, не переходитъ опредѣленныхъ границъ, законъ равнодушно взираетъ на происходящую борьбу лицъ и фирмъ. Но наступаетъ предѣлъ, далѣе котораго идти въ этомъ направленіи государство позволить не можетъ.

Когда этого рода образъ дѣйствій, принимая специфическій характеръ, начинаетъ угрожать серьезною опасностью для другихъ фирмъ, законодатель, разрабатывающій вопросъ о противодѣйствіи недобросовѣстной конкуренціи, не можетъ оставить его безъ вниманія. Германскій законъ посвящаетъ этому явленію два параграфа, изъ коихъ одинъ (§ 14) говоритъ о случаяхъ, когда признается достаточной отвѣтственность гражданская, а другой (§ 15) переноситъ вопросъ уже въ плоскость уголовно-политическихъ мѣропріятій.

---

[1]) Русскому законодательству, какъ извѣстно, до послѣдняго времени уголовное преслѣдованіе лиходательства, какъ такового, даже поскольку оно можетъ имѣть мѣсто въ отношеніи лицъ, состоящихъ на государственной или общественной службѣ, оставалось чуждымъ. Внесенный Министерствомъ Юстиціи въ Государственную Думу въ апрѣлѣ прошлаго года законопроектъ о наказуемости лиходательства долженъ явиться первымъ шагомъ въ этомъ направленіи. Въ указанномъ законопроектѣ идетъ рѣчь, конечно, лишь о подкупѣ государственныхъ чиновниковъ и общественныхъ служащихъ,—лицъ, состоящихъ на службѣ въ частныхъ предпріятіяхъ онъ тоже не касается.

Этотъ § 15 формулированъ слѣдующимъ образомъ:

„Тотъ, кто сознательно (Wider besseres Wissen) утверждаетъ или распространяетъ факты, противорѣчащіе истинѣ и могущіе причинить предпріятію вредъ, о дѣлѣ другого лица, о личности владѣльца или управляющаго дѣломъ, о его товарѣ или работѣ (Gewerbliche Leistungen), карается тюремнымъ заключеніемъ до 1-го года и штрафомъ до 5000 марокъ или однимъ изъ этихъ наказаній".

Вторая часть этого параграфа говоритъ о томъ, что если эти факты утверждаются съ вѣдома хозяина дѣла его служащимъ, то отвѣтственность подлежитъ распространенію и на хозяина.

Появленіе всего этого параграфа обусловлено тѣмъ, что одно гражданское воздѣйствіе въ этой сферѣ оказалось не только недостаточнымъ, но даже, въ большинствѣ случаевъ, совершенно безрезультатнымъ.

Слѣдуетъ отмѣтить еще, что изложенный параграфъ весьма близко подходитъ къ давно существующему въ германскомъ уголовномъ кодексѣ закону, изображенному въ § 187 и трактующему о поставленіи въ опасность кредита путемъ клеветы.

Въ § 187 SGB, помѣщенномъ въ раздѣлѣ преступленій противъ личной чести, идетъ, однако, рѣчь лишь о возможномъ поврежденіи кредита, между тѣмъ жизнь являетъ нерѣдко случаи, когда путемъ ложныхъ утвержденій причиняется вредъ не кредиту, а обороту дѣла [1]).

Приближаясь по своей общей конструкціи къ § 14, создающему для заинтересованныхъ лицъ возможность защиты лишь въ порядкѣ гражданскаго возмѣщенія нанесеннаго ущерба, § 15 имѣетъ нѣсколько также существенныхъ признаковъ, наличность коихъ создаетъ, по мысли творцовъ закона, уголовный элементъ дѣянія. Такъ, § 15 прежде всего требуетъ сознательной лжи (Wider besseres Wissen). Отсутствіе такой явной сознательности, какая бываетъ при эвентуальномъ умыслѣ или неосторожности, влечетъ за собой отпаденіе возможности примѣненія § 15, мѣсто котораго можетъ въ такихъ слу-

---

[1]) См. примѣры у Wassermann'a, у. с. B. II, S. 31. Среди прочихъ примѣровъ онъ указываетъ на случаи утвержденій, что извѣстная фабрика сгорѣла, что пріокрасокъ своихъ товаровъ заводъ пользуется ядовитыми веществами и т. п..

чаяхъ занять § 14. Съ объективной стороны, утверждаемые факты должны быть невѣрными, въ отличіе отъ § 14, довольствующагося утвержденіями, правильность коихъ не можетъ быть доказана.

По толкованію комментаторовъ, разница въ конечномъ счетѣ сводится къ вопросу, на кого ложится бремя доказательства.

Въ то же время, какъ при § 14 отвѣтчику предоставляется доказывать истинность своихъ утвержденій, при уголовномъ преслѣдованіи въ порядкѣ § 15 отъ обвинителя должно требовать доказательствъ лживости распространяемыхъ о немъ свѣдѣній (см. Wassermann, B, II, S. 33 [1]).

Очень характернымъ моментомъ этого параграфа является отсутствіе требованія, чтобы изложенныя въ немъ и запрещенныя подъ угрозой уголовнаго наказанія дѣйствія были совершены подъ вліяніемъ мотивовъ конкуренціи.

Вслѣдствіе отсутствія даннаго признака, эта часть закона можетъ имѣть примѣненіе и внѣ условій недобросовѣстной торгово-промышленной конкуренціи, напримѣръ, въ тѣхъ случаяхъ, когда дѣяніе совершается изъ злобы, изъ мести и т. п. Такимъ образомъ, въ этой своей, части законъ 1909 года выходитъ изъ предѣловъ тѣхъ рамокъ, которыя предполагались его общей идеей служить орудіемъ исключительной борьбы со отдѣльными формами коммерческой дѣятельности, создавшимися на почвѣ дѣлового соперничества.

Кстати будетъ отмѣтить, что къ изложенному § 15 весьма близко подходитъ ст. 540 нашего уголовнаго уложенія. Въ ней также говорится о „разглашеніи завѣдомо ложнаго обстоятельства, подрывающаго довѣріе къ промышленной или торговой дѣятельности лицъ, обществъ или учрежденій или къ способностямъ лица исполнять

---

[1]) Въ § 15 отсутствуетъ оговорка, имѣющаяся въ § 14; въ этой оговоркѣ § 14 говорится о томъ, что если идетъ рѣчь о разглашеніи свѣдѣній, носящихъ довѣрительный характеръ, и если разглашающій или получающій отъ послѣдняго эти свѣдѣнія въ нихъ справедливо заинтересованъ, то требованіе прекращенія разглашенія допустимо лишь тогда, когда утверждаемые или распространяемые факты противорѣчатъ дѣйствительности. Право на вознагражденіе можетъ быть признано, если сообщающій эти факты зналъ или долженъ былъ знать ихъ невѣрность.

обязанности его званія или занятія". Здѣсь такъ же, какъ и въ германскомъ законѣ, нѣтъ надобности въ томъ, чтобы дѣяніе было совершено изъ цѣли и видовъ конкуренціи. Но въ той же ст. 540 дальше есть указаніе, что наказаніе увеличивается, именно, доходитъ въ максимумѣ до шести мѣсяцевъ тюрьмы, если разглашеніе совершено при наличности особо перечисленныхъ признаковъ, въ томъ числѣ, если имѣется мотивъ корыстный или цѣль въ видѣ имущественнаго вреда. Какъ усматривается отсюда, наказаніе по русскому закону во всякомъ случаѣ ниже германской санкціи за то же дѣяніе.

Германскій законъ касается въ своей части, регламентируемой уголовными нормами, еще другой сферы, въ предѣлахъ которой также возможны дѣянія, относимыя къ разряду актовъ недобросовѣстной конкуренціи. Какъ извѣстно, многія предпріятія въ своемъ техническомъ производствѣ или торговомъ оборотѣ имѣютъ свои дѣловые секреты, отъ коихъ нерѣдко зависитъ вся успѣшность ихъ дѣятельности. Эти секреты обычно стремятся оградить отъ оглашенія, дабы конкуренты не получили возможности ихъ использовать. Естественно, что лица, работающія въ данномъ дѣлѣ, освѣдомлены относительно внутреннихъ сторонъ предпріятія, а потому знакомы съ тѣми фактами, которые являются для постороннихъ недоступными. Для предупрежденія сообщенія этихъ секретовъ предпріятія служащими, рабочими или учениками другимъ лицамъ, которыя могли бы, въ свою очередь, пустить въ ходъ тѣ же средства, разсматриваемыя современнымъ правосознаніемъ какъ частную собственность того, кто ихъ изобрѣлъ или пріобрѣлъ отъ изобрѣтателя, законъ 1909 года взглянулъ на нарушеніе указанными работающими въ дѣлѣ лицами правила о неразглашеніи этихъ секретовъ, какъ на уголовно-наказуемое дѣяніе.

Этотъ вопросъ объ обязанности храненія коммерческой тайны посвященными въ нее лицами, работающими въ дѣлѣ, принадлежитъ къ числу тѣхъ, которые въ большемъ или меньшемъ объемѣ уже затронуты и другими законодательствами. Въ связи съ германскимъ закономъ мы укажемъ на тѣ нормы, которыя соотвѣтствуютъ этой его части въ прочихъ современныхъ уголовныхъ кодексахъ.

Нарушеніе воспрещенія разглашать промышленные и

торговые секреты, совершенное изъ видовъ конкуренціи или просто съ цѣлью причиненія убытка [1]) владѣльцу, карается по германскому закону годомъ тюрьмы и штрафомъ до 5000 марокъ (§ 17).

То же наказаніе, въ силу второй части упомянутаго параграфа, постигаетъ лицо, которое безъ надлежащаго разрѣшенія примѣняетъ или сообщаетъ другимъ дѣловыя тайны, узнанныя отъ служащихъ предпріятія или другимъ самостоятельнымъ путемъ, несогласнымъ съ закономъ или добрыми нравами. Когда вырабатывался законъ, со стороны представителей заинтересованныхъ круговъ дѣлались попытки повліять на законодателей въ томъ смыслѣ, чтобы связать служащихъ, если не на всегда, то хотя бы на извѣстный срокъ послѣ оставленія имъ службы обязанностью хранить въ тайнѣ узнанные секреты.

Однако эти стремленія остались неудовлетворенными, и законъ наложилъ на уста всѣхъ служащихъ печать молчанія лишь на все время ихъ пребыванія на службѣ въ данномъ предпріятіи.

Родственны только что затронутымъ явленіямъ случаи, когда при дѣловыхъ сношеніяхъ приходится довѣрительно сообщать нѣкоторымъ лицамъ извѣстные проекты или техническія данныя, также являющіяся частной собственностью сообщающаго и имѣющія опредѣленную экономическую цѣнность. Подобнаго рода дѣловые секреты, примѣрно закономъ перечисляемые въ видѣ рисунковъ, моделей, рецептовъ и прочаго, впервые получили въ Германіи уголовную защиту въ формѣ § 18 закона о недобросовѣстной конкуренціи. Обычное въ этомъ законѣ годичное тюремное заключеніе параллельно или совокупно съ пятитысячнымъ штрафомъ постигаетъ того, кто используетъ самъ или сообщитъ другому съ цѣлью конкуренціи всѣ такого порядка проекты и предположенія техническаго характера, узнанные при дѣловыхъ сношеніяхъ.

Кромѣ уголовной кары, какъ при разглашеніи коммерческой тайны служащимъ, такъ и при ея использо-

---

[1]) Слѣдовательно, и здѣсь какъ будто законъ выходитъ за предѣлы конкуренціи, ибо причиненіе убытковъ владѣльцу предпріятія можетъ быть вызвано и другими мотивами.

ваніи въ описанныхъ случаяхъ второго рода, виновные подчиняются обязанности возмѣщенія причиненныхъ убытковъ. Наконецъ, законъ предусматриваетъ случаи, когда эти дѣянія совершаются не по собственной иниціативѣ, а по наущенію третьихъ лицъ, имѣющихъ въ виду свои соображенія и цѣли конкуренціи. Къ этимъ подстрекателямъ законъ примѣняетъ тюрьму до девяти мѣсяцевъ и штрафъ до 2000 марокъ (§ 20).

Къ указаннымъ въ данномъ параграфѣ германскаго закона случаямъ приближаются дѣянія, предусматриваемыя § 418 Code pénal. Этотъ французскій законъ, помѣщенный среди статей, касающихся нарушеній о торговлѣ и промышленности, угрожаетъ тюремнымъ заключеніемъ до пяти лѣтъ и штрафомъ до двадцати тысячъ франковъ тому, кто сообщитъ или даже попытается только сообщить иностранцамъ, либо живущимъ за границей французамъ, секреты фабрики, на которой онъ работаетъ. Кромѣ того, виновный въ подобномъ дѣяніи можетъ быть лишенъ на время отъ пяти до десяти лѣтъ ряда публичныхъ правъ, предусмотрѣнныхъ въ § 42 Code pénal. Къ числу этихъ правъ относится активное и пассивное избирательное право, исполненіе обязанностей присяжнаго засѣдателя, несеніе прочихъ общественныхъ функцій, право ношенія оружія, возможность являться на судъ свидѣтелемъ, отправленіе дѣятельности опекуна и т. п. Наконецъ, эти лица могутъ на тотъ же срокъ быть поставлены подъ надзоръ полиціи. Наказаніе значительно смягчается, если эти секреты были сообщены французу, живущему во Франціи, а именно максимумъ тюрьмы равняется двумъ годамъ, а штрафъ не превышаетъ двухсотъ франковъ.

Высшая мѣра наказанія въ обоихъ случаяхъ обязательна, когда дѣло касается секретовъ правительственныхъ фабрикъ, изготовляющихъ оружіе и боевые припасы.

Слѣдуетъ сказать, что уголовная защита коммерческой и промышленной тайны не чужда и нашему законодательству. Такъ, въ ст. 1187 Улож. о нак. предусматривается случай, когда купеческій приказчикъ разнаго рода дѣйствіями, въ томъ числѣ открытіемъ тайны или вредными разглашеніями, причинитъ подрывъ кредиту хозяина, при чемъ преступленіе квалифицируется особо,

если это дѣяніе учиняется изъ корыстныхъ видовъ. Далѣе, ст. 1355 того же Улож. о Нак. караетъ тюрьмой лицъ, занятыхъ на фабрикѣ или заводѣ, за оглашеніе секретовъ производства, могущихъ причинить ущербъ тѣмъ, кому тайна эта принадлежитъ. Наконецъ, имѣется еще спеціальная статья 1157, касающаяся разглашенія, съ цѣлью поврежденія чести или кредита, секретныхъ банковскихъ и кредитныхъ операцій, совершенное служащими этихъ учрежденій. По аналогичному типу конструирована отвѣтственность лицъ, приглашенныхъ къ участію въ присутствіи по государственному промысловому обложенію за разглашеніе, съ цѣлью поврежденія чести или кредита, свѣдѣній объ имущественныхъ условіяхъ плательщиковъ (ст. 1157[2]). Новое уголовное уложеніе нѣсколько расширяетъ и дополняетъ эти положенія дѣйствующаго Уложенія о нак. Такъ, ст. 545 караетъ шестимѣсячной тюрьмой разглашеніе служащимъ коммерческихъ тайнъ, учиненное изъ цѣли причиненія вреда кредиту хозяина или изъ корыстной цѣли (ст. 546 уг. ул. является повтореніемъ ст. 1157 ул. о нак.). Въ силу ст. 543 уг. ул. преслѣдуется разглашеніе фабричныхъ секретовъ, вызванное тѣми же мотивами, что и въ только что процитированной 545 ст. Ст. 544, соотвѣтствующая 1157 ст. стараго уложенія, лишь нѣсколько расширяетъ составъ преступленія оглашенія тайнъ кредитныхъ учрежденій. Имѣется, наконецъ, еще ст. 541 уг. ул., которая въ общей формѣ воспрещаетъ всякое разглашеніе свѣдѣній, подлежащихъ въ силу званія разглашающаго тайному храненію, если оглашенное свѣдѣніе такого свойства, что можетъ причинить имущественный вредъ лицу, къ которому оно относится; преступленіе по этой статьѣ, какъ и въ раньше указанныхъ 543 и 544 ст. уг. ул., квалифицируется по корыстному признаку [1]).

При сравненіи всѣхъ этихъ отдѣльныхъ нормъ русскаго законодательства, а также и французскаго § 418 съ германскимъ закономъ, сразу бросается въ глаза то обстоятельство, что въ то время, какъ послѣдній примѣнимъ почти исключительно тогда, когда образующія его

---

[1]) Ср. также постановленія австрійскаго законопроекта, заключающіяся въ § 404.

внѣшній составъ дѣянія вызваны мотивомъ конкуренціи, а наше отечественное право и французскій законъ, создававшіеся при другихъ условіяхъ, направлены противъ болѣе общаго круга явленій. Общаго воспрещенія разглашенія тайнъ наподобіе ст. 541 новаго уголовнаго улож. Германія не знаетъ.

Въ видѣ общаго правила, уголовное преслѣдованіе по германскому закону 1909 года начинается лишь по жалобѣ.

Исключеніе представляютъ §§ 6, 10 и 11, допускающіе возбужденіе дѣла ex officio. При осужденіи въ силу этого закона судъ можетъ постановить объ опубликованіи приговора за счетъ обвиненнаго, точно также въ случаѣ оправданія судъ можетъ публично огласить вердиктъ за счетъ казны или частнаго обвинителя. Наконецъ, законъ допускаетъ еще при обвинительномъ приговорѣ по требованію потерпѣвшаго буссу въ его пользу въ размѣрѣ до десяти тысячъ марокъ, которой уже исчерпываются возможныя гражданскія претензіи къ обвиняемому (§ 26) [1]).

Заканчивая нашъ бѣглый обзоръ уголовныхъ нормъ, касающихся интересующей насъ области, мы не можемъ не коснуться вопроса о томъ, насколько всѣ эти правила, изданныя въ отдѣльныхъ государствахъ, распространяются и на деликты даннаго рода, учиненные по отношенію къ иностраннымъ фирмамъ. Праграфѣ 28 германскаго закона гласитъ:

„Тотъ, кто не имѣетъ своего основного мѣстонахожденія въ странѣ (Германіи), можетъ лишь постольку пользоваться защитой настоящаго закона, поскольку въ томъ государствѣ, гдѣ находится его постоянное прибываніе, существуетъ распубликованное въ правительственномъ вѣстникѣ объявленіе о соотвѣтственной защитѣ германскихъ промышленниковъ.“ Такимъ образомъ, законъ

---

[1]) Германское уголовное законодательство, направленное противъ недобросовѣстной конкуренціи въ видѣ разглашенія дѣловыхъ тайнъ, не исчерпывается закономъ 1909 года. Имѣется еще рядъ сепаратныхъ законовъ, носящихъ спеціальный характеръ. Къ нимъ относятся законы о страхованіи отъ несчастныхъ случаевъ въ промышленныхъ предпріятіяхъ, лѣсномъ и строительномъ дѣлѣ, законъ о страхованіи отъ потери трудоспособности и т. п. Здѣсь такъ же, какъ и по закону о производствѣ маргарина, и по закону о выдѣлкѣ вина (тоже 1909 года), преслѣдуются случаи разглашенія узнанныхъ секретовъ производства.

безусловно гарантируетъ защиту интересовъ лишь мѣстныхъ коммерстантовъ, опредѣляемыхъ, правда не по національному признаку, а въ зависимости отъ большой или меньшей ихъ связи съ торговой германской жизнью. Впрочемъ, дѣйствіе только что цитированнаго параграфа весьма значительно ослаблено было еще до изданія закона 1909 года. Дѣло въ томъ, что въ 1903 году Германія присоединилась къ такъ наз. Парижскому союзу 20 марта 1883 года (Международный союзъ для защиты промышленной собственности). Этотъ союзъ, послѣ преобразованія которому онъ подвергся въ Брюсселѣ [1]) въ 1900 году, принялъ слѣдующее постановленіе:

„Лица, подпадающія подъ дѣйствіе соглашенія, должны пользоваться во всѣхъ союзныхъ государствахъ принадлежащей гражданамъ данной страны защитой противъ недобросовѣстной конкуренціи". По установившейся съ тѣхъ поръ судебной практикѣ, ограниченія, изложенныя въ § 28 германскаго закона, замѣнившаго собой дѣйствовавшій въ 1900 году законъ 1896 года, потеряли свою силу въ отношеніи государствъ, участвующихъ въ Парижскомъ союзѣ. Къ этому союзу въ настоящее время примыкаетъ 21 государство. [2]) Къ числу неприсоединив-

---

[1]) Брюссельскія дополненія были ратифікованы всѣми участвовавшими въ парижскомъ союзѣ державами, кромѣ Бразиліи, Доминиканской республики и Сербіи.

[2]) См. Wassermann, ц. с. B. II, S. 134 und ff., Finger ц. с. S. 489 und ff., также Dr Otto Leonhard, Der Unlautere Wettbewerb, S. 15.
Приводимъ перечень участвующихъ въ союзѣ государствъ:

Бельгія, 20 марта 1883 года.
Бразилія, 20 марта 1883 года.
Куба, 17 ноября 1909 г.
Данія, 1 октября 1903 г.
Германія, 1 мая 1903 г.
Доминиканская республика, 11 іюля 1890 г.
Франція съ колоніями, 20 марта 1883 г.
Великобританія съ частью колоній, 7 сентября 1891 г. (остальныя колоніи присоединялись позже).
Японія, 15 іюля 1881 г.
Италія, 20 марта 1883 г.
Мексика 7 сентября 1903 г.
Нидерланды, 20 1883 г. (колоніи присоединились позже).
Норвегія, 1 іюля 1885 г.
Австро-Венгрія, 1 января 1908 г.
Португалія съ Азорскими островами и Мадерой, 20 марта 1883 г.
Санъ Доминго, 4 августа 1910 г.
Швеція, 1 іюля 1885 г.
Швейцарія, 20 марта 1883 г.
Сербія, 20 марта 1883 г.
Испанія, 20 марта 1883 г.
Тунисъ, 20 марта 1883 г.
Соединенные Штаты, 30 мая 1887 г.

шихся европейскихъ державъ относится Россія, Турція, Греція, Румынія, Болгарія, Черногорія и Люксембургъ [1]). Кромѣ общихъ принятыхъ союзомъ положеній, отдѣльнымъ участвующимъ въ нихъ государствахъ предоставляется заключать между собой еще дополнительныя соглашенія о защитѣ промышленной собственности, по скольку они не противорѣчатъ общимъ лежащимъ въ основѣ союза принципамъ. Этимъ правомъ воспользовалась Германія въ 1908 году, заключивъ особое соглашеніе съ Австро-Венгріей. Сюда же относится старый, оставшійся въ силѣ договоръ Германіи съ Сербіей отъ 21 августа 1892 года.

Таковы, въ общихъ чертахъ, законодательныя положенія, опредѣляющія въ наше время отношеніе государства къ наиболѣе тяжкимъ случаямъ недобросовѣстной конкуренціи. Изъ предыдущаго изложенія видно, что, кромѣ нѣсколькихъ общихъ статей, въ нашихъ уголовныхъ кодексахъ мы не имѣемъ въ Россіи серьезныхъ публично-правовыхъ средствъ для борьбы съ рядомъ злокачественныхъ явленій, порождаемыхъ борьбой за существованіе между отдѣльными предпріятіями.

Между тѣмъ несомнѣнно, что и у насъ далеко не рѣдки тѣ случаи, которымъ призваны противодѣйствовать разобранные англійскій и, въ особенности, германскій законы. Съ другой стороны, весьма чувствительнымъ является наше неучастіе въ указанномъ Парижскомъ союзѣ.

Пониманіе недостаточности дѣйствующаго въ этой области законодательства проникаетъ, повидимому, все глубже въ сознаніе нашего общества, которое начинаетъ отчетливо чувствовать потребность въ необходимости оздоровленія сферы осуществляемыхъ пріемовъ коммерческаго состязанія. Недавно, какъ извѣстно, группой крупныхъ промышленниковъ и фабрикантовъ въ Петербургѣ былъ возбужденъ вопросъ объ образованіи особой организаціи, дѣятельность которой была бы направлена въ сторону защиты всякаго рода промышленной собственности.

---

[1]). Слѣдовательно, коммерсанты этихъ странъ только въ томъ случаѣ пользуются защитой, напримѣръ, Германскихъ законовъ о недобросовѣстной конкуренціи, если они имѣютъ въ Германіи свое основное постоянное предпріятіе (Hauptniederlssung).

Организація эта, повидимому, начинаетъ уже функціонировать. 31 января текущаго года Министерство торговли и промышленности утвердило проектъ устава учрежденія подъ именемъ „Комитета для защиты промышленной собственности". Среди задачъ дѣятельности этого союза, какъ явствуетъ, между прочимъ, и изъ разосланнаго учредителями циркуляра, фигурируетъ также выработка мѣръ борьбы съ недобросовѣстной конкуренціей. 4 мая состоялось первое общее собраній членовъ союза, гдѣ уже подробнѣе отмѣчалась серьезность пробѣловъ русскаго законодательства въ дѣлѣ противодѣйствія недобросовѣстной конкуренціи, подлежащая возможно безотложному восполненію. Точно также затронутъ былъ вопросъ о необходимости выясненія интересовъ Россіи въ отношеніи парижской конвенціи. Наконецъ, были произведены выборы делегата на предстоящій въ Лондонѣ въ началѣ іюня текущаго года конгрессъ по защитѣ промышленной собственности, на котораго возложенъ докладъ о возникшей въ Россіи соотвѣтствующей организаціи.

Намъ кажется, что слѣдуетъ искренно привѣтствовать это начинаніе и питать надежду на успѣшное содѣйствіе его осуществленію спеціальныхъ законоположеній въ данной области.

Л. М. Зайцевъ.

Указная доля супруги.

Является ли супруга наслѣдницей по русскому праву? Разъ „указная доля“ супруги трактуется въ отдѣленіи V главы II разд. II книги III т. X части I. Св. З., озаглавленномъ „о порядкѣ наслѣдованія супруговъ“, то казалось бы на первый взглядъ излишнимъ поднимать вопросъ о томъ, является ли супруга наслѣдницей или нѣтъ. Но ближайшее разсмотрѣніе соотвѣтствующихъ статей Свода убѣждаетъ въ противномъ, ибо содержаніе этихъ статей не вяжется съ заглавіемъ рубрики, подъ которой онѣ помѣщены, и такъ рѣшительно, что заставляетъ нѣкоторыхъ юристовъ и Сенатъ въ нѣсколькихъ его рѣшеніяхъ [1]) прямо высказаться въ томъ смыслѣ, что супруга не наслѣдница.

Съ своей стороны, мы утверждаемъ, что жена не есть наслѣдница послѣ мужа, ибо законъ не только не смѣшиваетъ жену съ наслѣдниками въ одну категорію, но, наоборотъ, нормируетъ полученіе указанной доли спеціальными положеніями, совершенно отличными отъ положеній, относящихся до наслѣдниковъ вообще. Обособленіе супруги, какъ преемницы умершаго, подтверждается сравненіемъ статей, гласящихъ о порядкѣ наслѣдованія вообще и въ деталяхъ и неизмѣнно умалчивающихъ о супругѣ. Такъ ст. 1120 безъ всякихъ оговорокъ опредѣляетъ, что „свойство не даетъ права наслѣдованія по закону“; въ такой же категорической формѣ ст. 1121 постановляетъ: „ближайшее право наслѣдованія имѣетъ линія нисходящая, въ недостаткѣ оной, наслѣдство обращается или въ побочныя линіи или въ опредѣленныхъ случаяхъ къ родителямъ и восходящимъ“.

---

[1]) Мейеръ учеб. русск. гражд. пр. стр. 666—68 (изд. 5) Ильяшенко В. Пр. 1902 г. № 4—5, Азаревичъ Журн. гражд. и уг. пр. 1880 г. кн. 4. Рѣшен. Сената 1871 г. № 1224. 1879 г. № 342. 1905 г. № 96.

Далѣе, изъ статей 1127, 1132, 1134, 1162 и 1163 вытекаетъ, что ближайшее право наслѣдованія послѣ умершаго имѣютъ сыновья и ихъ потомство, за ихъ отсутствіемъ наслѣдуютъ дочери съ потомствомъ, а если нисходящихъ послѣ умершаго совсѣмъ не осталось, то наслѣдство переходитъ въ боковыя линіи и, наконецъ, если не осталось ни нисходящихъ, ни боковыхъ родственниковъ, то наслѣдство становится вымороченнымъ. Смыслъ этихъ постановленій ясенъ: хотя бы жена и получала указную долю на ряду съ потомствомъ или боковыми родственникаки умершаго мужа, но наслѣдницей она не считается и наличность ея не предотвращаетъ вымороченности наслѣдства, разъ потомства и боковыхъ родственниковъ послѣ умершаго не осталось.

Особенность нормировки указной доли обнаруживается изъ цѣлаго ряда статей.

1. Прежде всего, вдовья доля нигдѣ не называется наслѣдственной, наоборотъ, вездѣ и неизмѣнно указной (см. статьи 1148—1159), чѣмъ законодатель, очевидно, хотѣлъ подчеркнуть особое основаніе преемства супруги. Если же законодатель все-таки нормируетъ полученіе указной доли въ рубрикѣ, озаглавленной „о порядкѣ *наслѣдованія* супруговъ“, и если онъ въ ст. 1153 говоритъ, что „мужъ послѣ жены *наслѣдуетъ* по тѣмъ же правиламъ, какъ и жена послѣ мужа“, то, очевидно, здѣсь законодатель употребляетъ слово „наслѣдованіе“ не въ техническомъ, а въ широкомъ смыслѣ—въ смыслѣ посмертнаго преемства вообще.

2) Кромѣ того, законодатель, не подчиняетъ полученія указной доли нормамъ, относящимся къ столь важнымъ моментамъ наслѣдованія, какъ принятіе наслѣдства, вступленіе въ него, раздѣлъ его и отвѣтственность за долги умершаго.

a) Тогда какъ относительно наслѣдниковъ законъ постановляетъ, что принятіемъ наслѣдства съ ихъ стороны считается pro herede gestio—„когда наслѣдники владѣли и пользовались имуществомъ въ личную себѣ прибыль“, (ст. 1261 т. X, ч. I), принятіемъ указной доли вдовою онъ считаетъ требованіе о выдѣлѣ ея (ст. 1152); только съ этого момента доля считается принятой, пріобрѣтенной вдовою и можетъ переходить къ наслѣдникамъ ея.

b) Вездѣ законъ постановляетъ, что наслѣдники вступа-

ютъ въ наслѣдство (стт. 1132, 1265), т.-е. въ „совокупность имуществъ и обязательствъ, оставшихся послѣ умершаго“ (ст. 1104 т. X, ч. I), между тѣмъ какъ супруга умершаго въ наслѣдство не вступаетъ, какъ это явствуетъ изъ стт. 1128, 1152, 1154, 1155. Въ этихъ статьяхъ наслѣдство вездѣ разумѣется находящимся внѣ обладанія вдовы;—оно принадлежитъ наслѣдникамъ; наслѣдники, отстраняющіе вдову, производятъ изъ него „выдѣлъ“ указной доли; тогда какъ между ними, какъ совладѣльцами, происходитъ „раздѣлъ“ наслѣдства (см. стт. 1128, 1315 и дал.). Между тѣмъ вѣдь ясно, что „выдѣлъ“ изъ наслѣдства есть предоставленіе на сторону, лицу, находящемуся внѣ круга наслѣдниковъ, а „раздѣлъ“ наслѣдства — распредѣленіе его именно между лицами, находящимися въ такомъ кругу. Наша мысль подтверждается еще сравненіемъ стт. 1261 и 1152. Тогда какъ первая изъ этихъ статей допускаетъ принятіе наслѣдства наслѣдниками въ формѣ pro herede gestio, вторая не безъ основанія и, наоборотъ, въ связи со статьями, не допускающими вступленія вдовы въ наслѣдство, отрицаетъ по отношенію ко вдовѣ возможность pro herede gestio, какъ формы принятія указной доли.

c) Разъ вдова въ наслѣдство, т.-е. (согласно ст. 1104) во всю совокупность имуществъ и обязательствъ не вступаетъ, то она не можетъ по этому и отвѣчать по ст. 1259 за долги умершаго. Вѣдь ст. 1259 возлагаетъ отвѣтственность лишь на лицъ, вступившихъ (принявшихъ наслѣдство) въ наслѣдство; и, конечно, требованіе вступленія въ наслѣдство не является здѣсь пустой фразой: если отвѣтственность ultra vires hereditatis по ст. 1259 и можно возложить на лицъ, которыя изъявили согласіе вступить въ совокупность юридическихъ отношеній умершаго или безъ такового объявленія фактически „владѣли и пользовались имуществомъ въ личную себѣ прибыль“, то на лицъ, не вступающихъ въ наслѣдство ни въ той, ни въ другой формѣ, возлагать такой отвѣтственности нѣтъ юридическихъ основаній.

d) Тогда какъ каждый наслѣдникъ можетъ лишиться своего права по давности въ пользу остальныхъ наслѣдниковъ, владѣвшихъ на свое имя, право на указную долю

давностью не погашается, если только требованіе о выдѣлѣ было заявлено (ст. 1152).

e) Въ отличіе отъ боковыхъ родственниковъ умершаго, которые могутъ быть лишены права наслѣдованія даже въ родовомъ имуществѣ, супруга не можетъ быть лишена указной части въ этихъ имуществахъ (ст. 1068).

f) При отсутствіи у наслѣдодателя собственнаго недвижимаго имущества вдовья указная часть выдѣляется въ размѣрѣ $^{1}/_{7}$ части изъ недвижимаго имущества отца умершаго, которое слѣдовало бы послѣднему (ст. 1151). Очевидно, что въ этомъ случаѣ о наслѣдованіи послѣ умершаго мужа не можетъ быть и рѣчи [1]), а между тѣмъ этотъ случай выдѣла указной части отожествляется съ выдѣломъ изъ имущества умершаго.

На основаніи только что сдѣланнаго изслѣдованія отдѣльныхъ понятій, которыми оперируетъ законъ, и общаго совершенно особеннаго характера нормировки указной доли, мы дѣлаемъ первый отрицательный выводъ относительно юридическаго существа указной доли вдовы: указная доля — не наслѣдственная доля, и жена не наслѣдница послѣ мужа.

Положительное опредѣленіе юридическаго существа указной доли вытекаетъ какъ изъ статей тома X, части I. вскрывающихъ ratio указной доли, такъ и изъ исторіи возникновенія и формированія ея.

Изъ цѣлаго ряда статей тома X обнаруживается забота законодателя о томъ, чтобы обезпечить вдовѣ извѣстную имущественную выгоду.

Съ этой цѣлью законодатель прежде всего опредѣляетъ, что „вдова не лишается указной части и изъ того имущества, которое слѣдовало бы мужу ея, если бы при открытіи наслѣдства послѣ отца его онъ въ живыхъ находился“ (ст. 1149). Льготность и исключительность этой статьи очевидны: не будь ея, вдова не могла бы получить имущества свекра послѣ его смерти ни въ коемъ случаѣ, ибо нельзя было бы подыскать основанія такому полученію. Аналогія съ правомъ представленія здѣсь совершенно не мыслима; во-первыхъ, потому, что представляющій долженъ имѣть самостоятельное право наслѣдова-

---

[1]) См. ст. 1222 т. X. ч. I.

нія [1]), вдова же послѣ умершаго свекра, какъ свойственница, наслѣдственнаго права не имѣетъ (ст. 1120); во-вторыхъ, потому, что мужъ и жена по отношенію къ свекру величины разнородныя и несоизмѣримыя, право же представленія предполагаетъ обратное.

Тотъ же характеръ льготности—бенефиціарности и даже еще болѣе рѣзко выраженный, носитъ выдѣлъ указной доли изъ недвижимаго имущества свекра при жизни его (ст. 1151). Такую же заботливость относительно обезпеченія вдовы мы обнаруживаемъ въ статьяхъ 1068, 1150 и примѣчаніи къ ст. 1148.

Первая изъ указанныхъ статей опредѣляетъ, что „указная часть въ родовомъ имуществѣ есть необходимое обезпеченіе вдовы," котораго она не можетъ быть лишена въ завѣщаніи, тогда какъ боковые родственники-наслѣдники, а не обезпечиваемые могутъ быть лишены своей доли (ст. 1068). Далѣе, ст. 1150 гласитъ, что указная доля есть „minimum обезпеченія изъ имущества мужа," который не можетъ быть уменьшенъ путемъ зачета въ указную долю собственнаго имущества вдовы.

Наконецъ, и примѣчаніе къ ст. 1148 проникнуто той же идеей обезпеченія: именно оно разъясняетъ, что мужъ не можетъ лишить жену указной доли въ родовомъ имуществѣ путемъ завѣщанія не только безусловно, но и подъ условіемъ замѣны указной доли пожизненнымъ пользованіемъ на это имущество,—жена можетъ отказаться отъ пожизненнаго пользованія и требовать выдѣла указной доли.

Въ заключеніе отмѣтимъ изъятіе права на указную долю отъ дѣйствія давности, каковое можетъ быть объяснено только основной руководящей идеей законодателя (ст. 1152).

Все только что сказанное убѣждаетъ насъ въ томъ, что указная доля носитъ чисто бенефиціарный характеръ, и цѣлью выдѣленія ея является исключительно обезпеченіе вдовы. Такимъ образомъ, разъ эти моменты составляютъ ratio закона объ указной долѣ, то мы еще разъ указываемъ, что понятіе наслѣдованія — т.-е. вступленія

---

[1]) См. ст. 1262 т. X, ч. I.

въ совокупность имуществъ и обязательствъ умершаго (ст. 1104) съ обязанностью отвѣчать по долгамъ его всѣмъ своимъ имуществомъ (ст. 1259) [1]), къ полученію указной доли не примѣнимо. Такимъ образомъ здѣсь обнаруживается совпаденіе нашихъ выводовъ: только что сдѣланнаго на основаніи изслѣдованія ratio закона, и болѣе ранняго, полученнаго путемъ формальнаго толкованія закона (стр. 159—162).

Это совпаденіе устраняетъ мысль о случайности нашихъ выводовъ и порождаетъ предположеніе, что, если бы законодатель захотѣлъ признать жену наслѣдницей, то онъ прибѣгъ бы къ иному регулированію указной доли и устранилъ бы возможность несогласныхъ его намѣреніямъ выводовъ изъ нормъ, имъ самимъ установленныхъ и притомъ выводовъ, получаемыхъ дважды путемъ различныхъ пріемовъ толкованія.

Болѣе отчетливая нормировка въ этомъ смыслѣ была бы тѣмъ болѣе умѣстна, что въ эпоху, предшествовавшую изданію Свода, жена наслѣдницей не считалась. На этомъ основаніи мы полагаемъ, что законодатель относительно указной доли вдовы остался на исторической точкѣ зрѣнія, т.-е. на точкѣ зрѣнія ненаслѣдованія жены послѣ мужа. Поэтому разсмотрѣніе историческихъ источниковъ стт. X т. ч. I является дальнѣйшей нашей задачей.

II.

Въ эпоху Уложенія Алексѣя Михайловича четыре фактора вліяли на образованіе института наслѣдованія: вновь созрѣвшій родовой принципъ, въ силу котораго родовое имущество, съ одной стороны, не можетъ выйти изъ рода, а съ другой,—наслѣдуется не только потомствомъ умершаго, но и боковыми родственниками его; заинтересованность государства въ матеріальномъ обезпеченіи служилыхъ людей [2]), общность правъ супруговъ на нѣкоторыя имущества и отживавшій въ то время семейный принципъ—принципъ Русской Правды, въ силу

---

[1]) Относительно характерности этого признака для наслѣдованія по русскому праву см. *Кассо* „Преемство наслѣдника“ стр. 202, 226, 232 и дал.

[2]) Стр. 512, 466 Владимірскій-Будановъ. Обзоръ исторіи рус. прав. изд. 1905 г.

котораго умершему семьянину наслѣдовали исключительно дѣти, а изъ нихъ преимущественно лица, прочно связанныя съ его семьей, т.-е. мужчины [1]). И всѣ четыре фактора привели къ полному устраненію вдовы отъ наслѣдованія.

Подъ вліяніемъ перваго принципа жена была лишена наслѣдственныхъ правъ въ родовыхъ вотчинахъ. Уложеніе постановило, съ одной стороны, что родовыя вотчины послѣ умершаго отдавать въ родъ „кто кому ближе“ (стт. 1, 2, 4 гл. XVII), а съ другой стороны—что вдовамъ „до родовыхъ вотчинъ... дѣла нѣтъ“ (стт. 1, 2 гл. XVII).

Учитывая второй факторъ, Уложеніе постановляетъ, что вдовамъ и „до выслуженныхъ вотчинъ“ дѣла нѣтъ (стт. 1, 2 гл. XVII). А затѣмъ, что помѣстья не могутъ быть отдаваемы по общему правилу вдовѣ служилаго человѣка (гл. XVI).

Третій факторъ дѣйствуетъ въ томъ смыслѣ, что бездѣтной вдовѣ [2]) предоставляются купленныя у частныхъ лицъ вотчины, на которыя при жизни обоихъ супруговъ распространялась общность, въ исключительное обладаніе. Это выражено въ Уложеніи въ очень наглядной и рѣзкой формѣ: „купленная вотчина женѣ его, вольно ей въ той вотчинѣ, какъ похочетъ, нѣтъ до нея никому дѣла“ (стт. 2 и 6 гл. XVII). Но и въ этомъ случаѣ вдова—не наслѣдница, а лишь совладѣлица, права которой расширились вслѣдствіе смерти совладѣльца-супруга. Здѣсь мы имѣемъ дѣло съ простой аккресценціей правъ [3]), подобной аккресценціи при семейной общности имуществъ. Въ послѣднемъ случаѣ дѣти, считаясь вмѣстѣ съ родителями собственниками извѣстныхъ имуществъ, по смерти родителей—*не превращаются въ наслѣдниковъ* долей послѣднихъ, но продолжаютъ обладать *всѣмъ* имуществомъ на прежнемъ основаніи, освободившись лишь отъ того ограниченія,

---

[1]) См. Влад.-Буд. Обзоръ исторіи русск. пр. изд. 1905 г. стр. 480, и сл., 495 и стр. 506, 2. Дочери и вдова оставались связанными съ семьей умершаго лишь до брака.

[2]) При наличности взрослыхъ дѣтей купленныя вотчины могли быть раздѣлены между ними и матерью. см. Владимирскій-Будановъ. Обзоръ истор. рус. прав. изд. 1905 г. стр. 466.

[3]) См. Владимірскій-Будановъ. Обз. истор. рус. пр. изд. 1905 г. стр. 466. Общее имущество по смерти мужа не распадается на мужнее и женино.

которое налагало на нихъ сообладаніе родителей (jus accrescendi) [1]); только позднѣе, по исчезновеніи общей собственности, выработался институтъ наслѣдованія. Отстаиваемыя нами положенія подтверждаются какъ косвенными, такъ и прямыми доказательствами. Если мы предположимъ въ интересующемъ насъ случаѣ наслѣдованіе, даже въ половинѣ общаго имущества, то мы должны будемъ отказаться отъ какого-либо удовлетворительнаго объясненія этого факта. Почему тогда законъ лишаетъ вдову наслѣдственнаго права въ выслуженныхъ имуществахъ, такихъ же благопріобрѣтенныхъ, какъ и купленныя.? Далѣе, почему изъ двухъ этихъ категорій имуществъ законъ выбираетъ именно категорію купленныхъ.? Но есть цѣлый рядъ фактовъ, подтверждающихъ прямо и положительно общность купленныхъ имуществъ супруговъ. Цѣлый рядъ купчихъ эпохи дѣйствія Уложенія, какъ это показано у Влад.-Буд. (дополн. ко 2-й ч. Обз. ист. русс. пр.) указываетъ на то, что вотчины, покупались на имя мужа и жены, а купленныя продавались отъ имени мужа и жены. Жена и мужъ-покупатели — солидарно обязывались къ уплатѣ покупной суммы, а жена и мужъ - продавцы—къ очисткамъ и неустойкѣ. Тамъ же указано, что мужъ по заключеніи брака eo ipso начинаетъ раздѣлять съ женой права на купленныя ея имущества [2]). Далѣе общность извѣстныхъ правъ супруговъ подтверждается еще тѣмъ, что согласно Уложенію жена являлась солидарно съ мужемъ обязанной по его долгамъ (отчасти это было только что указано).

Такъ, ст. 266 гл. X Уложенія и ст. 40 гл. XX Улож.,

---

[1]) См. Владимірскій-Будановъ Обз. ист. рус. пр. изд. 1905 г. стр. 475 и 678 и слѣд.

Тоже наблюдалось и въ римскомъ правѣ древнѣйшаго періода см. Girard. Manuel élémentaire de droit romain 1911 г. p. 260 n. 2, и 844 n. 4, также D. 28, 2, 11 Paulus: „In suis heredibus evidentius apparet continuationem dominii eo rem perducere, ut nulla videatur hereditas fuisse, quasi olim hi domini essent, qui etiam vivo patre quodammodo domini existimantur... Itaque post mortem patris non hereditatem percipere videantur, sed magis liberam bonorum administrationem consequuntur". Gaius 2, 157. Аналогія имѣлась и во французскомъ правѣ см. Viollet. Histoire du droit civil francais. 1905 p. 840—42.

[2]) Также трактовались первоначально и купленные дворы. („Противъ купленныхъ вотчинъ" см. ук. 1684 г. іюня 3 № 1081. П. С. З.), но потомъ это постановленіе было отмѣнено и изъ дворовъ выдѣлялась $^1/_4$.

опредѣляя размѣръ ежегоднаго вознагражденія несостоятельнаго должника, отданнаго кредитору до искупа, упоминаютъ о таковомъ размѣрѣ заработка и жены несостоятельнаго, очевидно, подразумѣвая здѣсь совокупную выдачу жены съ несостоятельнымъ мужемъ за его долги [1]). То же еще опредѣленіе подтверждается указомъ 1688 г. (П. С. З. № 1285): „которые доведутся за иски отдавать въ заживъ головою мужска полу съ женами, а женска—съ мужьями". Тотъ же принципъ проводится и въ отвѣтственности жены по смерти мужа. Такъ ст. 203 главы X Уложенія постановляетъ: „А будетъ должникъ умретъ и послѣ умершаго тотъ долгъ платити женѣ его и дѣтямъ". Знаменательно, что здѣсь нѣтъ той оговорки, которую дѣлаетъ Уложеніе повсюду, гдѣ оно говоритъ объ отвѣтственности за долги умершаго наслѣдниковъ—боковыхъ его родственниковъ: долги умершаго платитъ тотъ, „кому животы его и вотчины достанутся" [2]).

Правило, высказанное Уложеніемъ въ ст. 203 гл. X, соблюдалось въ практикѣ довольно строго, какъ это обнаруживается изъ указа патріарха Никона 1657 г. (П. С. З. № 210) и именного указа 1688 г. (П. С. З. № 1298),—долги умершаго взыскивались со вдовы, хотя бы онъ ей никакого имущества послѣ себя и не оставилъ. Такимъ образомъ, купленныя вотчины по Уложенью являлись общими для супруговъ. Эта общность не лишена историческихъ аналогій.

Такъ, несомнѣнную аналогію представляетъ *communauté des acquêts* (общность пріобрѣтеннаго куплею и мѣною или дареніемъ не отъ восходящихъ), признававшаяся древнимъ французскимъ обычнымъ правомъ [3]), и вошедшая, какъ составная часть, въ общность имуществъ совре-

---

[1]) Мнѣніе Неволина о томъ, что жена выдавалась вмѣстѣ съ несостоятельнымъ мужемъ кредитору до искупа, вслѣдствіе нерасторжимости супружескаго союза, а не солидарной отвѣтственности по долгамъ мужа, опровергается тѣмъ обстоятельствомъ, что вмѣстѣ съ должникомъ выдавались и дѣти, при чемъ жена и дѣти не просто состояли при мужѣ-отцѣ, а отрабатывали его долгъ, см. Неволинъ истор. рос. гражд. закон. 1851 г. т. I стр. 105. Противъ Неволина Влад.-Будановъ. Обзоръ стр. 467 п. 1 и Сергѣевичъ. Лекціи и изслѣдованія изд. 1910 г. стр. 476 и слѣд.

[2]) Сравни Уложеніе глав. X стт. 132 и 245. Относительно обязанностей, вытекавшихъ изъ деликта мужа, жена содолжницей, конечно, не являлась. См. ст.ст. 207, глав. X Уложенія, 9, 16, 22 глав. XXI Уложен. Новоуказ. статьи 1669 г. янв. 22 ст.ст. 16 и 22.

[3]) Viollet. Histoire de droit civile francais. 1905 p. 772—74.

меннаго французскаго права [1]). Какъ по Уложенью, такъ и по французскому обычному праву соотвѣтствующей эпохи имущества покупаются и продаются купленныя супругами сообща [2]). Долги съ момента брака общіе [3]). По смерти мужа жена не наслѣдуетъ, но удерживаетъ общее имущество въ размѣрѣ половины [4]), другая половина идетъ къ наслѣдникамъ мужа. Здѣсь начинаются отличія отъ русскаго права, гдѣ бездѣтная вдова удерживаетъ общее имущество цѣликомъ. Дальнѣйшія отличія состоятъ въ томъ, что вдова по французскому праву отвѣчаетъ за долги умершаго мужа только въ предѣлахъ полученнаго имущества ($^1/_2$) [5]) и что она можетъ отказаться отъ общности и тогда за долги мужа не отвѣчаетъ вовсе [6]).

Слѣдующую аналогію, а можетъ быть и образецъ для Уложенья представляетъ общность правъ супруговъ по Литовскому Статуту на имущества, которыя они „оба два по сполу за помочью божою доробили, албо дослужили (маетности) записомъ або тестаментомъ“ [7]). Сходство съ русскимъ правомъ и отличіе отъ французскаго здѣсь наблюдается въ томъ, что бездѣтная вдова получаетъ общее имущество цѣликомъ (jure accrescendi [8]). Наоборотъ, отличіе отъ русскаго права и сходство съ французскимъ наблюдается въ томъ, что за долги умершаго мужа вдова отвѣчаетъ по Литовскому Статуту только въ томъ случаѣ, если послѣ мужа она что-нибудь получила [9]).

---

[1]) Code civil art. 1401.
[2]) Viollet. Histoire p. 781.
[3]) Viollet. p. 779.
[4]) Viollet p. 786.
[5]) Viollet p. 786.
[6]) Viollet p. 837.
[7]) Литовск. стт. по изд. Временника Москов. общ. истор. 1854 г., кн. 12 раздѣлъ 5, артик. 21. Въ этомъ случаѣ по смерти мужа „если бы детей не было тогды п р и в с е й м а е т н о с т и жона остати маетъ, а если бы жона тоя потомъ безъ потомства змерла, а никому того не записала, тогды по ее смерти тая маетность маеть спадати п о л о в и ц а на кревныхъ оного мужа, а п о л о в и ц а на кревныхъ ее“; если жена умретъ раньше мужа, то „по ее смерти маетность на мужа и детей ее приходити будеть, и потомъ далей на близкихъ в о д л у г ъ с е г о а р т ы к у л у“.
[8]) См. примѣчаніе восьмое.
[9]) *Лит. стат. разд. 7 артук. 18.* Если мужъ умиралъ, оставивъ долги, „а именья своего властивого также ни которое маетности рухомое по собе не зоставилъ, а жона бы его мела свое властивое именье... и жона того змерълого за то на маетности своей властивой шкодовати не маеть и за то ничого платити повинна не будеть“...

Наконецъ, четвертый изъ указанныхъ выше факторовъ, семейный принципъ, отживавшій въ эпоху Уложенія, оказывалъ вліяніе на наслѣдованіе въ тѣхъ имуществахъ, которыя оставались внѣ сферы вліянія другихъ, болѣе сильныхъ факторовъ. Такимъ образомъ, относительно родовыхъ имуществъ родовой принципъ совершенно поглащалъ семейный; относительно выслуженныхъ—семейный принципъ скрещивался съ интересами государства, пока онъ, вслѣдствіе уравненія родовыхъ и выслуженныхъ вотчинъ, не былъ поглащенъ родовымъ; относительно помѣстій интересъ государства совершенно исключалъ семейный принципъ и, наконецъ, относительно движимости семейный принципъ господствовалъ исключительно [1]). Какъ въ Русской правдѣ, провозгласившей семейный порядокъ наслѣдованія, который относительно движимости господствовалъ безусловно и въ эпоху Уложенія, жена не наслѣдовала мужу („а заднича ей мужня не надобѣ“) [2]), такъ и по Улож. въ движимостяхъ мужа („животахъ“) жена наслѣдницей не являлась [3]).

Изъ всего сказаннаго слѣдуетъ, что изъ имущества мужа по смерти его, согласно Уложенію, въ качествѣ наслѣдства жена не получала ничего. Такимъ образомъ, случись, что у супруговъ не было купленныхъ вотчинъ, то жена оказалась бы совершенно обездоленной и неимущей по смерти мужа, если бы законодатель не учелъ этой возможности и не предоставилъ вдовѣ обезпеченія въ совершенно особыхъ формахъ, чуждыхъ понятію наслѣдованія. Прежде всего обезпеченіе предоставлялось изъ движимаго имущества умершаго (въ размѣрѣ $^1/_4$) — всегда и притомъ въ собственность [4]); затѣмъ изъ имущества казны-помѣстій — во временное владѣніе, и только въ извѣстныхъ случаяхъ [5]), когда ни помѣстій, ни купленныхъ отъ частныхъ лицъ вотчинъ не было, то во временное владѣніе — „на прожитокъ“ вдовѣ давались и родовыя и выслуженныя вотчины (Улож. глав. XVII стт. 2

---

[1]) См. Владимірскій-Буданъ. Обзоръ стр. 515 и 516.
[2]) Неволинъ ист. росс. гражд. зак. т. III стр. 346 прим. 229 и стр. 350. Влад.-Буд. стр. 497. Рус. прав. изд. Сергѣевича Троицк. спис. ст. 123.
[3]) О четверти въ животахъ ниже см. Вл.-Б. стр. 468 прим. I.
[4]) См. Улож. гл. XVII ст. 1.
[5]) Уложен. гл. XVI.

и 3); также лишь на прожитокъ давались и вотчины, купленныя отъ казны (гл. XVII ст. 8).

Что первая форма посмертнаго преемства не есть наслѣдованіе, вытекаетъ изъ самой цѣли закона, а затѣмъ изъ исторіи его возникновенія. Въ 1627 году патріархъ Филаретъ обратилъ вниманіе на бѣдственное положеніе вдовы, которая могла еще существовать какъ-нибудь при дѣтяхъ, но по смерти ихъ только въ томъ случаѣ, когда у ней были свои купленныя вотчины. Желая обезпечить вдову, онъ не рѣшился, однако, посягнуть на права рода относительно родовыхъ имуществъ и пренебречь заинтересованностью казны въ переходѣ недвижимыхъ имуществъ вообще и остановился на движимости, имуществѣ, относительно котораго въ то время менѣе всего сталкивалось интересовъ. Но и эту реформу онъ провелъ крайне осторожно; онъ не рѣшился даже относительно движимости поставить вдову вопреки историческимъ традиціямъ на равную ногу съ наслѣдниками, но придалъ преемству ея совершенно особый характеръ, заимствовавъ постановленіе эклоги греческихъ царей Леона и Константина [1]). Этотъ законъ былъ взятъ изъ Кормчей книги, гдѣ въ главѣ $\overset{\frown}{\text{д}}$ (4) этого закона въ зачаткѣ $\overset{\rightharpoonup}{\text{s}}$ (6) сказано, „аще ли кто совокупится съ убогою женою законнымъ бракомъ и умретъ мужъ безъ дѣтей, завѣта пріяти женѣ отъ мужня останка за бесчадіе *четвертую часть* послѣ мужа, яко литръ десять. И прочая пріяти... наслѣдникомъ“. Ужъ изъ этого противоположенія вдовы наслѣдникамъ явствуетъ, что она наслѣдницей въ греческомъ правѣ не считалась. Это подтверждается еще тѣмъ, что кварта вдовы въ эклогѣ Леона и Константина нормируется отдѣльно отъ наслѣдованія вообще, и что этотъ законъ былъ воспроизведеніемъ новеллы (117) Юстиніана [2]), которая трактуетъ кварту вдовы-безприданницы

---

[1]) См. Кормчая книга II изд. эклога Леона и Константина гл. $\overset{\frown}{\text{д}}$ (4) зачатокъ $\overset{\rightharpoonup}{\text{s}}$ (6). См. также Влад.-Буд. Обзор. ист. русск. пр. стр. 513. Неволинъ томъ III Ист. росс. гражд. зак. стр. 381. Также Кассо „Преемство насл.“ стр. 264—65.

[2]) См. Кассо „Преем. насл.“ стр. 264—65, сравни также Nov. 117 C. 5 и кормчую—эклога Леона и Константина гл. $\overset{\frown}{\text{д}}$ (4) зач. $\overset{\rightharpoonup}{\text{s}}$ (6).

какъ законный отказъ, а не какъ наслѣдственную долю [1]). Новелла Юстиніана (117) ставитъ кварту вдовы-безприданницы на одну линію со штрафомъ за неосновательный разводъ [2]), который согласно нов. 22 cap. 18,28 выдѣлялся изъ чистаго актива мужа (quae pura debitis videatur также 1,11 C. de repud 5,17).

Разница съ наслѣдованіемъ получалась рѣзкая. Въ неизмѣненномъ видѣ это постановленіе было воспроизведено въ эклогѣ Леона и Константина и въ греческомъ правѣ, вдова въ этомъ случаѣ получала четверть чистаго актива умершаго.

Но такъ какъ и наслѣдники по греческому праву получали свои доли тоже изъ чистаго актива и за долги наслѣдодателя, по общему правилу, собственнымъ имуществомъ не отвѣчали, то въ греческомъ правѣ разница между долей вдовы-безприданницы и долями наслѣдниковъ при сохраненіи римскаго существа первой, получалась не столь рѣзкая, какъ въ римскомъ правѣ [3]). Но разница, несомнѣнно, существовала: въ наслѣдство вступали только наслѣдники, къ нимъ и предъявлялись иски изъ наслѣдства, по которымъ они отвѣчали въ предѣлахъ унаслѣдованнаго согласно описи его („предъ достовѣрными послухи таковое написати имѣніе“), но если наслѣдники описи своевременно не составили, — они должны были отвѣтствовать даже собственнымъ имуществомъ: „аще ли самовластно... (безъ составленія описи) того же прикоснется имѣнія и явятся почасти нечто отдавъ, да повиненъ будетъ и прочее наполните“ [4]). Отъ

---

[1]) См. Windscheid B. III. S. 361, 62; Schiffner „Gesetzliche Vermächtnisse“ S. 176. Köppen „Lehrbuch des heut. römisen. Erbrechts S. 687. Vangerow S. 363. in fine.

Дернбургъ т. 3 стр. 362 прим. 6 и Schroeder Noterbenrecht S. 284 считаютъ въ этомъ случаѣ вдову наслѣдницей, неосновательно придавая рѣшающее значеніе не Nov. 117 C. 5, какъ болѣе поздней, а Nov. 53. C. 6.

[2]) Nov. 117 C. 5,31—„si quis uxorem aliquando sine dotalibus acceperit cum affectu nuptiali et hanc sine causa legibus a nita proiecerit accipere eam quartam partem eius substantiae... et aliam post haec fecimus legem decernentem: si quis indotalem uxorem per affectum solum acceperit et usque ad mortem cum ea vivens praemoriatur, accipere similiter et eam quartam illius substantiae portionem“.

[3]) См. Кормчая кн., второе изд. эклога Леона и Константина гл. $\overset{\rightharpoonup}{\Delta}$ (4) зач. $\overset{\rightharpoonup}{\Delta}$ (7), также Кассо „Преемн. наслѣд.“ первыя стр., а также стр. 209 и 210.

[4]) См. третье примѣч.

подобной обязанности и подобныхъ послѣдствій ея невыполненія вдова, какъ не наслѣдница, освобождалась. Постановленіе эклоги безъ измѣненія его существа, но съ измѣненіемъ сферы его примѣненія было перенесено въ 1627 г. въ русское право, а затѣмъ повторено въ Уложеніи (глава XVII ст. 1), съ неизмѣнной ссылкой на греческіе законы.

Измѣненіе названной эклоги заключается, во-первыхъ, въ томъ, что по Уложенію четверть изъ имущества мужа получаетъ каждая бездѣтная вдова, тогда какъ по эклогѣ и новеллѣ 117 гл. 5 только безприданница; во-вторыхъ, по Уложенію кварта выдѣляется только изъ движимости, по эклогѣ и новеллѣ 117 изъ всего имущества [1]).

Что касается юридическаго существа кварты бездѣтной вдовы по Уложенію, то она, вслѣдствіе прямого заимствованія изъ законовъ греческихъ, сохранила юридическое существо законно-отказной доли. Но, благодаря тому, что по Уложенію, какъ и по греческимъ законамъ и по Литовскому статуту, вліявшимъ на русское право того времени [2]), наслѣдники отвѣчали за долги наслѣдодателя только унаслѣдованнымъ имуществомъ, то практическая разница между вдовой - отказополучательницей и наслѣдниками была значительно слабѣе, чѣмъ въ римскомъ правѣ.

Но различіе все-таки было: взысканія обращались все-таки на наслѣдниковъ, а не на вдову, послѣдняя отстранялась отъ уплаты долговъ совершенно. Въ Уложеніи на это прямыхъ указаній нѣтъ, но указъ патріарха Никона 1657 года іюля 25 (П. С. З. № 210) не оставляетъ сомнѣній на этотъ счетъ; этимъ указомъ было опредѣлено по частному челобитью: такъ какъ челобитчица-вдова кромѣ своего приданаго и четверти „животовъ“

---

[1]) Врядъ ли можно согласиться съ Кассо, который утверждаетъ (Преем. насл. стр. 264—65), что законъ 1627 г. и постан. Улож. о квартѣ Представляютъ неправ. рецепцію не пост. эклоги о вдовѣ-безприданницѣ, а вдовѣ съ приданымъ, которая по той же эклогѣ получаетъ изъ имущества мужа долю, равную $^1/_4$ приданаго, ибо постанов. Улож. съ эт. постанов. эклоги менѣе апалогично, чѣмъ съ вышеупомянутымъ.

[2]) См. Кормчая изд. 2 эклога Леона и Константина гл. д (4) sar. $\overline{3}$ (7) и Литовскій статутъ разд. 7 артик. 18 по изд. Временника Моск. Общ. истор. 1854 г. кн. 12 см. Владимірскій-Будановъ Обзоръ стр. 230 и Кассо Преемн. насл. ст. 209—12.

изъ имущества мужа ни на что права не имѣла, то патріархъ Никонъ „на ней вдовѣ мужа ея долговъ править не велѣлъ“.

Установивъ положеніе, что въ движимости мужа вдова не наслѣдница, а отказопринимательница, обращаемся къ дачамъ помѣстій и вотчинъ вдовамъ на „прожитокъ“. Очевидно, что и эти случаи не наслѣдованіе: въ первомъ случаѣ вдова получала право не на имущество мужа, а казны (помѣстья), не то право, которое имѣлъ мужъ—право на жалованье, а совсѣмъ другое—право на пенсію; не по преемству, производно отъ него получала она это право, а первообразно, такъ сказать, непосредственно отъ казны. Дачи „на прожитокъ“ изъ выслуженныхъ родовыхъ и купленныхъ отъ казны вотчинъ также не являлись наслѣдованіемъ, потому что Уложеніе вездѣ отличаетъ эти „дачи“ отъ наслѣдованія, права на нихъ было правомъ на обезпеченіе, возникавшее в п е р в ы е въ лицѣ вдовы [1]). Такимъ образомъ ни въ одномъ изъ случаевъ полученія вдовой имущества по смерти ея мужа согласно Уложенію она наслѣдницей не являлась. Или она сохраняла права на собственное имущество, раздѣлявшіяся мужемъ при его жизни и расширявшіяся съ его смертью, или получала отказъ изъ движимаго имущества мужа и нѣкоторыхъ недвижимостей, или пенсію отъ казны. Что касается соотношенія этихъ правъ, то пенсію вдова получала въ тѣхъ случаяхъ, когда послѣ умершаго не осталось купленныхъ вотчинъ; четверть изъ движимости — и при наличности ихъ. Родовыя и выслуженныя вотчины давались на „прожитокъ“ только при отсутствіи купленныхъ вотчинъ и помѣстій. Наконецъ, купленныя вотчины, родовыя и выслуженныя, а также четверть движимости передавались только бездѣтной вдовѣ, пенсія отъ казны выдавалась и при дѣтяхъ [2]).

Дальнѣйшее законодательство нѣсколько измѣнило характеръ этихъ правъ и ихъ соотношеніе, но общій смыслъ ихъ сохранило. Впрочемъ, при Петрѣ законодательство обнаружило нѣкоторое колебаніе въ этомъ

---

1) Здѣсь опять можно говорить о законныхъ отказахъ.

2) См. Улож. Ал. Мих. глав. XVII стт. 1, 2, 3 и гл. XVI также Новоуказныя статьи 1677 г. августа 10 (ст. 1) и 20 (стт. 1 и 5) см. Неволинъ т. III стр. 385 и сл. Владимірскій-Будановъ стр. 511 и сл. Побѣдоносцевъ т. II (Отд. Истор. насл. прав.).

отношеніи. Слив̀ъ вотчины и помѣстья въ одну категорію указомъ о единонаслѣдіи (1714 г. марта 23 П. С. З. № 2789), Петръ предоставилъ вдовѣ право пожизненнаго пользованія на все имущество ея мужа. Хотя по этому указу, жена еще не наслѣдовала мужу, но идея наслѣдованія вдовы, повидимому, уже носилась въ головѣ законодателя, ибо черезъ два года въ 1716 г. апрѣля 15 (П. С. З. № 3013) онъ сдѣлалъ вдову уже полной наслѣдницей съ отвѣтственностью за долги: вдовѣ предписано предоставлять $^1/_4$ всего имущества мужа съ обязанностью „платить и долговъ письменныхъ четвертую же часть“.

Но идея наслѣдованія вдовы была отвергнута указомъ 1731 года марта 17 (П. С. З. № 5717). Изъ указа о единонаслѣдіи и 1716 года были лишь сохранены во-первыхъ, мысль о сліяніи по мѣстій и вотчинъ, во-вторыхъ та мысль, что все, что вдова получаетъ послѣ мужа, она получаетъ изъ *его* имущества. Общности въ это время уже не существуетъ: какъ тотъ, такъ и другой указы всѣ имущества дѣлятъ на мужнія и женины, объ общихъ имуществахъ не упоминается ни прямо, ни косвенно.

Такъ, указъ 1731 года марта 17 постановляетъ: выдѣлять женамъ изъ *мужнина* имѣнія извѣстную часть, а „*собственныя* ихъ приданыя имѣнія и что онѣ, будучи за мужемъ.... *куплею*.... себѣ присовокупили, быть при нихъ“.

Здѣсь наблюдается любопытное явленіе: указы 1714 г. (П. С. З. № 2789) и 1731 г. (П. С. З. № 5717) не устанавливаютъ вновь раздѣльности имуществъ супруговъ, но лишь попутно констатируютъ ее, при чемъ такъ, какъ будто бы она существовала и раньше. Между тѣмъ, поскольку извѣстно, нѣтъ ни одного закона со времени Уложенія до указа 1714 г., который бы отмѣнялъ общность купленныхъ имуществъ и устанавливалъ раздѣльность.

Правда, есть нѣсколько узаконеній по этому вопросу послѣуложенной эпохи, которыя не совсѣмъ согласны съ Уложеніемъ, но тѣмъ не менѣе ни одно изъ нихъ общности купленныхъ имуществъ не исключаетъ.

Такъ, указы 1676 г. (П. С. З. № 634) и 1679 г. (П. С. З. № 764) расширяютъ права мужа на купленныя вотчины по сравненію съ Уложеніемъ.

Первый изъ нихъ (1676 г.) опредѣляетъ отдавать купленную вотчину, полученную вдовой по смерти мужа и оставшуюся по ея смерти не завѣщанной, родственникамъ мужа.

Правда, возможно рѣшеніе этого казуса, болѣе согласное съ принципомъ общности имуществъ — напр., рѣшеніе въ Литовскомъ статутѣ, согласно которому въ данномъ случаѣ *половина* идетъ къ родственникамъ умершаго мужа, *половина* къ родственникамъ умершей вдовы [1]),—но тѣмъ не менѣе указомъ 1676 года общность не отмѣняется. При жизни супруговъ купленныя имущества попрежнему почитаются общими [2]), жена продолжаетъ отвѣчать за долги мужа солидарно съ нимъ [3]), по смерти мужа общее имущество остается у жены по общему правилу на правахъ полной собственности [4]).

Далѣе, Указъ 1679 г. (П. С. З. № 764) предоставляетъ мужу право завѣщать купленную вотчину стороннему лицу, и тогда „женѣ умершаго.... до той вотчины дѣла нѣтъ“. Хотя Уложеніе и позволяетъ мужу завѣщать женѣ общее имущество до смерти или замужества ея, но прямого постановленія, аналогичнаго постановленію указа 1679 г., не содержитъ [5]).

Но постановленія какъ Уложенія, такъ и указа 1679 г. не исключаютъ общности купленныхъ имуществъ, какъ не исключало имущественной общности въ древнемъ римскомъ правѣ jus exheredationis, принадлежавшее домовладыкѣ [6]). Наше утвержденіе подкрѣпляется и положительными данными [7]).

Наконецъ, были изданы указы — 1657 г. (П. С. З. № 210) и 1688 г. (П. С. З. № 1298), измѣнившіе отвѣтственность вдовы за долги умершаго мужа: если имуще-

---

[1]) См. Литовскій Статутъ, разд. 5 артик. 21, изд. Временника 1854 г.

[2]) См. акты, приведенные у Вл.-Буданова. Обзоръ 1905 г. стр. 674 и сл.

[3]) См. факты изъ практики въ указѣ 1688 г. (П. С. З. № 1298) и законод. опредѣленіе указа 1688 г. (П. С. З. № 1285).

[4]) Указъ 1676 г. признаетъ напр., за вдовой право завѣщанія.

[5]) См. Уложеніе глав. XVII ст. ст. 7 и 31.

[6]) См. Girard Manuel élémentaire de droit romain 1911. n. p. 260 n. 2, 844 n. 4 et 852—853, также Paulus. D. 28, 2, 11, говоря о heredes sui, опредѣляетъ: „licet non sint heredes instituti, domini sunt: *nec obstat*, quod licet eos *exheredare*, quod et *occidere licebat*“. Слѣд. право домовладыки по римскому праву, а за нимъ право мужа по русскому—могутъ быть объяснены личной ихъ властью.

[7]) См. примѣчанія 2, 3 и 4.

ства послѣ мужа не осталось [1]), то взыскивать долговъ мужа со вдовы было не велѣно. Мы видѣли (стр. 10—12 наш. работы), что точно также обстояло дѣло съ отвѣтственностью вдовы во французскомъ и литовскомъ правѣ, между тѣмъ общность имуществъ тамъ, несомнѣнно, существовала. Поэтому нѣтъ основаній отрицать ее и для русскаго права въ эпоху, послѣдующую изданію указовъ 1657 г. и 1688 г. (П. С. З. № 1297), тѣмъ болѣе, что она подтверждается прямыми указаніями практики и закона [2]).

Такимъ образомъ перечисленныя узаконенія общности не отмѣняютъ, но, съ одной стороны, обнаруживаютъ въ воззрѣніяхъ законодателя послѣуложенной эпохи несомнѣнное колебаніе, а съ другой, фиксируя положенія, не вполнѣ согласныя съ Уложеніемъ и затемняющія общность имуществъ, усиливаютъ это колебаніе.

Причинами такого колебанія, какъ намъ кажется, являлись два факта: недостаточно ясная формулировка общности купленныхъ имуществъ въ Уложеніи и обращеніе вслѣдствіе этого законодателя послѣуложенной эпохи къ иноземному праву [3]), именно къ греческому— для разрѣшенія вопросовъ, спорныхъ или вовсе русскимъ правомъ не предусмотрѣнныхъ. Такъ, заимствованіе изъ греческаго права прямо подчеркнуто въ указѣ 1657 г. [4]), очень вѣроятно въ указѣ 1688 г. (П. С. З. № 1298), вслѣдствіе тождественности вопроса и рѣшенія въ немъ по сравненію съ указомъ 1657 г., и возможно въ осталь-

---

[1]) Указъ 1657 постановляетъ съ оговоркой: если жена послѣ мужа ничего не получила, кромѣ приданаго и $^1/_4$ изъ животовъ. О послѣдней выше стр. 169—173.

[2]) См. примѣчанія 2, 3 и 4 на предш. стр. Указы 1657 г. (П. С. З. № 210) и 1688 (П. С. З. № 1298) были изданы по *частному* челобитью и представляли рѣшеніе отдѣльнаго казуса, слѣдовательно являлись законами сепаратными, не отмѣнявшими общаго правила, а лишь устранявшими примѣненіе его къ отдѣльнымъ случаямъ. Это подтверждается какъ тѣмъ, что по изданіи закона 1657 практика не оставила общаго правила объ отвѣтственности жены, какъ это ясно изъ указа 168[illegible] г. (П. С. З. № 1298), такъ и болѣе раннимъ указомъ 1688 г. (П. С. З. № 1285), уже не сепаратнаго, а общаго значенія, подтвердившимъ общее правило о выдачѣ жены вмѣстѣ съ несостоятельнымъ мужемъ кредитору до искупа. „и *впредь*... за иски отдавать въ заживъ.... мужеска полу.... съ женами, а женска—съ мужьями".

[3]) Какъ это бывало раньше см. Владимирскій-Будановъ. Сборникъ государственныхъ знаній т. IV, стр. 30—38; также указъ Филарета 1627 г.

[4]) Этотъ указъ прямо ссылается на „Правильную книгу Леона царя и Константина" и цитируетъ ее.

ныхъ законоположеніяхъ (1676 и 1679 г.), разсмотрѣнныхъ выше стр. 175.

Заимствованія изъ греческаго права были не случайны и спорадичны, наоборотъ, значеніе указанныхъ заимствованій расширяется тѣмъ общимъ соображеніемъ, что, по изданіи Уложенія, официально признавшаго греческое право источникомъ нѣкоторыхъ своихъ постановленій (см. гл. XVII), послѣднее оказалось какъ бы официально рекомендованнымъ образцомъ для законодательныхъ опредѣленій въ будущемъ, въ послѣуложенную эпоху. Между тѣмъ, Литовскій Статутъ, до Уложенія имѣвшій несомнѣнное вліяніе на русское право и фактически послужившій источникомъ цѣлаго ряда постановленій самого Уложенія (см. гл. II, III, VII, IX, X) [1])—возможно, постановленій объ общности—какъ источникъ, официальнаго признанія въ Уложеніи не получилъ, [2]) а потому, вѣроятно, отступилъ передъ Кормчей.

Этими фактами не только подтверждается и объясняется преимущественное вліяніе греческаго права въ послѣ уложенную эпоху, но и опредѣляется направленіе колебанія, происходившаго въ воззрѣніяхъ тогдашняго русскаго законодателя—воззрѣніе его начинаетъ проникаться точкой зрѣнія греческаго права—точкой зрѣнія раздѣльности имуществъ супруговъ [3]) (см. законы 1676, 1679, 1657, 1688 годовъ). Этотъ медленный процессъ измѣненія воззрѣній законодателя оказывается завершеннымъ въ лицѣ Петра I. Петръ по самому существу своему новаторъ, рвавшій связи съ прошлымъ, усвоилъ, конечно, не весь описанный процессъ во всей его исторической цѣльности и послѣдовательности, а лишь заключительное звено его—новый принципъ раздѣльности. Этотъ принципъ, единственно удер-

---

[1]) См. Влад.-Будановъ. Сборникъ госуд. знан. 1877 г. т. IV, стр. 1—21.

[2]) См. Владимирскій-Будановъ. Сборникъ госуд. знан. 1877 г. т. IV стр. 21 Этотъ фактъ авторъ объясняетъ тѣмъ, что греческое право было рецепировано при составленіи Уложенія непосредственно, между тѣмъ постановленія Литовскаго Статута были взяты не прямо изъ него, а изъ книгъ московскихъ приказовъ, въ которыя приказные судьи вписывали статьи Литовскаго Статута, рѣшая споры, не предусмотрѣнные русскимъ правомъ. (Стр. 30—38).

[3]) См. Неволинъ Истор. рос. гражд. зак. 1851 г. т. I стр. 89 и Влад. Будановъ, Обзоръ истор. рус. пр. 1905 г. стр. 461 п. 1. Также Кормчая книга зак. Леона и Константина, гл. $\vec{\text{Д}}$. зачат. $\vec{\text{К}}$, $\vec{\text{S}}$, $\vec{\text{З}}$.

жавшійся въ его правосознаніи, онъ и выразилъ, просто констатировалъ въ законѣ 1714 года. Такимъ постепеннымъ измѣненіемъ правовоззрѣній законодателя и можно только объяснить тотъ фактъ, что общность имуществъ, закономъ прямо не отмѣненная, при Петрѣ была *незамѣтно* замѣнена раздѣльностью и что о ней не вспомнили даже въ эпоху изданія указа 1731 г., когда стали воскрешать принципы Уложенія, отмѣненные указами Петра I.

Такимъ образомъ, изъ всѣхъ 4 факторовъ, вліявшихъ на образованіе института наслѣдованія въ эпоху, предшествовавшую изданію указовъ о единонаслѣдіи и 1731 г. марта 17 [1]), этими указами только два изъ нихъ оставлены въ силѣ: родовой и семейный принципы. Эти два принципа, будучи слиты въ одинъ семейно-родовой, и были положены въ основаніе дальнѣйшаго наслѣдованія. Въ отличіе отъ Уложенія этотъ принципъ былъ распространенъ на наслѣдованіе во всякомъ имуществѣ въ томъ смыслѣ, что къ наслѣдованію во всякомъ имуществѣ стали призываться не только нисходящіе, но и боковые родственники, съ прежнимъ преимуществомъ мужчинъ.

Въ намѣченныхъ пунктахъ указъ 1731 года обнаруживаетъ несомнѣнное тождество съ указомъ о единонаслѣдіи. Но относительно опредѣленія существа и порядка посмертнаго преемства вообще и вдовы въ частности этотъ указъ (1731 г.) возвращается къ Уложенію [2]). Согласно указу 1731 г. выдѣлъ вдовѣ изъ недвижимаго мужа происходитъ по аналогіи съ выдѣломъ изъ помѣстій по Уложенію. Но такъ какъ выдѣлъ изъ помѣстій, какъ выше показано (стр. 16), наслѣдованіемъ не являлся, то таковымъ не является и выдѣлъ изъ недвижимости по указу 1731 года [3]). Эта мысль подтверждается и пол-

---

[1]) См. стр. 164 и сл.

[2]) См. Неволинъ т. III стр. 425 и указъ 1731 г. марта 17 (П. С. З. № 5717) пунктъ 6: „невершенныя и вновь начинающіяся дѣла дѣлать и рѣшать по тому Его Императорскаго Величества указу и по *Уложенію* и по Новоуказнымъ статьямъ, которыя учинены въ пополненіе *Уложенію* и приняты къ законному *Уложенію*, а не въ *противность*“. Также Побѣдоносцевъ изд. 1889 г. т. II стр. 280.

[3]) Разница съ выдѣломъ изъ помѣстій по Улож. и недвижим. по указу 1731 г. все-таки была: въ первомъ случаѣ, выдѣлъ производился во временное пользованіе, во-второмъ, — въ собственность. Но, конечно, моментъ выдѣла въ собственность признакомъ установл. наслѣд. не является, а находитъ объясненіе безъ помощи конструк. наслѣд.: помѣст. были имущ. казны, фондомъ изъ котораго казна черпала средства содержанія служилыхъ людей; по-

нымъ отождествленіемъ въ указѣ 1731 года выдѣла изъ недвижимости съ выдѣломъ изъ движимости, который предписывается производить на точномъ основаніи Уложенія, не признававшаго его, какъ показано (стр. 13—16), за наслѣдованіе: „послѣ умершаго мужа изо всего его недвижимаго имѣнія давать женѣ со 100 по 15 четвертей въ вѣчное владѣніе, а изъ *движимаго* имѣнія по *Уложенію*". (Пунктъ 1 указа 1731 г.). Позднѣйшія узаконенія относительно доли вдовы по существу остаются на почвѣ указа 1731 года, а слѣдовательно Уложенія—они лишь разъясняютъ этотъ указъ. Таковы: указъ сенатскій по дѣлу Секериныхъ и Аксаковой 1763 г. января 21 (П. С. З. № 11740), указъ сенатскій 1791 г. октября 16 (П. С. З. № 16993) и указъ 1782 г. марта 14 (П. С. З. № 15364).

Всѣ эти узаконенія вмѣстѣ съ Уложеніемъ [1]) и указомъ 1731 года признаны подъ статьей 1148 и дал. т. X. Ч. I. Свода Законовъ источниками, изъ которыхъ эти постановленія были заимствованы.

Такимъ образомъ, исторія возникновенія и развитія указной доли убѣждаетъ насъ, что она никогда наслѣдственной долей не считалась. Отсюда слѣдуютъ дальнѣйшіе выводы: разъ это такъ и разъ законодатель, нормируя указную долю въ Сводѣ Законовъ, сослался на историческіе источники ея и въ цѣломъ рядѣ статей остался вѣренъ этимъ источникамъ (см. стр. 159—164), то приходится еще разъ рѣшительно высказаться за то, что вдова послѣ мужа по дѣйствующему закону не наслѣдница и за долги его по статьѣ 1259 не отвѣтчица [2]), а указная доля—не наслѣдственная доля, но сколокъ съ первообраза ея—кварты вдовы-безприданницы по новеллѣ

этому понятно, что законодатель не выдѣлялъ изъ помѣстій вдовѣ часть въ собственность и не пошелъ, такимъ образомъ, по пути систематическаго и безповоротнаго уменьшенія служилаго фонда казны. Но, по указу 1731 г., выдѣлъ вдовѣ сталъ производиться изъ частнаго имущества и потому не представлялось больше препятствій къ созданію для вдовы болѣе прочнаго обезпеченія путемъ выдѣла ей части въ собственность.

[1]) Глав. XVII, ст. 1.

[2]) Освобожденіе посмертныхъ преемниковъ отъ отвѣтственности по ст. 1259 вообще не чуждо русскому праву. Такъ, согласно ст. 1146 родители не подвергаются такой отвѣтственности. Есть подтвержденія и въ наслѣдованіи по завѣщанію,—напр., отказополучатели по ст. 1086. Такого мнѣнія Бѣляевъ: „Историческія основы и юрид. прир. совр. русск. завѣщ.", стр. 84—85. Анненковъ, т. VI, стр. 66; Мейеръ „Уч. рус. гр. пр.". ст. 642 (5 изд.); Побѣдоносцевъ, т. II, стр. 633 (изд. 3). Сенатъ въ рѣш. 1909 г., № 40, и менѣе опред. 1903 г., № 122.

(117 гл. 5) Юстиніана (см. выше стр. 12). Слѣдовательно, указная доля есть институтъ, который въ нѣмецкой литературѣ примѣнительно къ римской и современнымъ запад.-европейскимъ правовымъ системамъ называется законнымъ отказомъ gesetzliches Vermächtniss [1]). Эта конструкція относится какъ къ выдѣлу указной доли изъ имущества мужа, такъ и къ выдѣлу—прижизненному или посмертному—изъ имущества свекра. Въ послѣднемъ случаѣ вдова-отказопринимательница получаетъ часть ($^1/_7$) тѣхъ правъ, которыя пріобрѣлъ бы ея мужъ въ качествѣ наслѣдника. Создается нѣкоторая аналогія съ послѣдствіями улиточныхъ записей Черниговской и Полтавской губерній (прим. къ ст. 710 т. X ч. I. Св. Зак.), на основаніи которыхъ покупатель открывшагося наслѣдства получаетъ, какъ таковой, тѣ права, которыя принадлежали бы продавцу, какъ наслѣднику. Сходство доли вдовы по дѣйствующему русскому праву съ квартой бѣдной вдовы по новеллѣ 117 еще рельефнѣе, чѣмъ по Уложенію и позднѣйшимъ законамъ.

I. Какъ въ римскомъ правѣ вдова-отказопринимательница, такъ и въ дѣйствующемъ русскомъ вдова, получающая указную долю, рѣзко отличается отъ наслѣдниковъ [2]), обязанныхъ какъ по римскому, такъ и по дѣйствующему русскому праву (ст. 1259), отвѣчать за долги наслѣдодателя всѣмъ своимъ имуществомъ [3]).

II. Какъ извѣстно, въ римскомъ правѣ кварта вдовы безприданницы была обязательной долей (Pflichtteil), т.-е. такой долей, лишить которой вдову мужъ не могъ [4]). Въ Уложеніи о такой обязательности выдѣла ничего прямо не сказано, но таковую надо предполагать, ибо эклога Леона и Константина предписываетъ выдѣлять вдовѣ кварту какъ при наслѣдникахъ по закону, такъ и по завѣщанію, не предполагая, слѣдовательно, возможности лишить вдову ея доли въ завѣщаніи [5]). Ничего

---

[1]) См. Windscheid. B. III, S. 361—62, Köppen, S. 687, Schirner, S. 176. Дернбургъ, т. III, стр. 363.

[2]) См. выше, стр. 161 и 164.

[3]) См. Дебургъ, т. III, стр. 452, Windscheid, B. III, S. 479, и Кассо, стр. 1 и далѣе и стр. 202 и 226.

[4]) Дернбургъ т. III стр. 362, Windscheid B. III S. 412 not. 1, Köppen S. 687 n. 2 Arnds S. 734. Schröder S. 560, Vangerow. B. II S. 358 n. 2.

[5]) См. Кормчая экл. Леона и Конст. втор. изд. глава $\overline{\text{д}}$ зачат. $\overline{\text{д}}$ и $\overline{\text{ѕ}}$. Женѣ выдѣляется $^1/_4$, а „прочая пріяти яко не совѣщаннымъ наслѣдникомъ

опредѣленнаго не заключаетъ и указъ 1731 г. марта 17 (П. С. З. № 5717). Но зато указъ Сенатскій 1791 г. окт. 16) П. С. З. № 16993), опираясь на указъ 1731 г., постановилъ считать указную долю супруги обязательной долей: „изъ оставшагося послѣ покойнаго статскаго совѣтника графа Федора Апраксина недвижимаго и движимаго имѣнія выдѣлить женѣ его вдовѣ изъ недвижимаго, какъ родового, такъ и благопріобрѣтеннаго по силѣ именного 1731 года марта 17 указа 1-го пункта со 100 по 15 четвертей, а изъ движимаго по Уложенію 17 гл. по 1-му пункту и по силѣ того же Именного указа ¼ часть, *не взирая, что по духовной* его покойнаго графа ничего *ей на часть не назначено,* потому что таковая часть слѣдуетъ ей на точной силѣ означеннаго именного 1731 г. марта 17 дня указа *непремѣнно, и отрѣшить ее отъ того ни по какому праву не можно*“.

Это постановленіе просуществовало до 1836 г. іюня 4 (П. С. З. № 9251), когда оно было формально отмѣнено особымъ закономъ, изданнымъ „съ цѣлью соглашенія статей о наслѣдованіи супруги со статьями, касательно не ограниченнаго права каждаго лица распоряжать благопріобрѣтеннымъ имѣніемъ“. Этотъ законъ, въ нѣсколько измѣненной редакціи вошелъ въ Св. Зак. ст. 1148, которая гласитъ, что „право сіе (на указную долю) не ограничиваетъ однако владѣльцевъ въ свободномъ распоряженіи благопріобрѣтенными имѣніями и въ завѣщаніи оныхъ. Когда осталось послѣ умершаго завѣщаніе, то оставшемуся въ живыхъ супругу опредѣляются одному послѣ другого указныя доли изъ *той только части* сего рода имѣнія, о которомъ не сдѣлано распоряженія въ завѣщаніи“. Такимъ образомъ, ни законъ 1836 г., ни Св. З. не уничтожили полностью мысли закона 1791 г.: обязательность выдѣла изъ родового имущества все-таки сохраняется. Статья 1068 прямо говоритъ объ этомъ: лица, не имѣющія родственниковъ въ нисходящей линіи, могутъ завѣщать свое родовое имущество любому изъ боковыхъ родственниковъ, не стѣсняясь его отдаленностью, но съ обязанностью „предоставить остающимся

или не сущимъ наслѣдникомъ“—или какъ сказано въ зачат. Д: „избывающее мужнее все имѣніе или наслѣдникомъ отъ конечнаго совѣщанія или не совѣщаннымъ пріидетъ“.

послѣ нихъ супругу или супругѣ въ вѣчное потомственное владѣніе седьмую часть всего родового имущества своего". Но, несомнѣнно, отправная точка этого постановленія нѣсколько иная, чѣмъ указа 1791 года. Тогда какъ въ этомъ указѣ устанавливалась извѣстная связанность мужа въ распоряженіи всѣмъ своимъ имуществомъ по отношенію къ личности жены—связанность субъективная, въ законѣ 1836 г. и Сводѣ Зак. связанность въ распоряженіи пріурочивается къ опредѣленной категоріи имуществъ—связанность объективная. Но несомнѣнно, послѣдняя точка зрѣнія относительно указной доли ошибочна и вытекаетъ изъ неправильнаго пониманія какъ указа 1791 года, такъ и самаго понятія „родового" имущества. Указъ 1791 года не отрицалъ различія между имуществами родовыми и благопріобрѣтенными, т.-е. имуществъ, не подлежащихъ свободному распоряженію ихъ обладателей и, наоборотъ, подлежащихъ такому распоряженію—это во-первыхъ; во-вторыхъ, постановивъ, что доля выдѣляется вдовѣ изъ всего имущества мужа *непременно*, онъ не хотѣлъ тѣмъ самымъ благопріобрѣтенныя имущества уподобить родовымъ и, слѣдовательно, не произвелъ смѣшенія понятій: онъ сталъ на совершенно иную—римскую—точку зрѣнія, точку зрѣнія обязательной доли (Pflichtteil) или субъективной связанности. Законъ 1836 года и Сводъ Законовъ этой точки зрѣнія не усвоили, какъ ошибочной, и, ставъ на точку зрѣнія объективной связанности, постановили, что доля выдѣляется вдовѣ *непременно только* изъ родового имущества, какъ не подлежащаго свободному распоряженію вообще. Но здѣсь и обнаруживается ошибочность этой точки зрѣнія; съ этой точки зрѣнія никакъ нельзя установить обязательность выдѣла доли вдовѣ изъ родового имущества мужа: разъ жена, по общему правилу, къ роду мужа не принадлежитъ, то общее запрещеніе свободнаго отчужденія родового имущества въ интересахъ родственниковъ въ пользу супруги истолковано быть не можетъ. Поэтому точку зрѣнія законодателя, которая привела его къ изданію постановленій заключающихся въ статьяхъ 1148 и 1068, приходится оставить и признать, что правило объ обязательномъ выдѣлѣ доли вдовѣ изъ родового имущества есть римское правило (какъ въ указѣ 1791 г.) объ обязательной долѣ. Особое поло-

женіе въ этомъ смыслѣ благопріобрѣтеннаго имущества, конечно, является странностью, однако вполнѣ объяснимою (см. выше).

III. Кварта вдовы-безприданницы выдѣлялась въ римскомъ правѣ (изъ чистаго актива наслѣдства, quae pura debitis vidiatur [1]). Тоже надо сказать и о выдѣлѣ указной доли вдовѣ по русскому праву. Этотъ выводъ вытекаетъ прежде всего изъ общаго характера указной доли [2]). Кромѣ того, косвенное подтвержденіе нашей мысли находимъ въ статьѣ 1155 т. X. ч. I, которая гласитъ: „право на выдѣлъ изъ имѣнія умершаго супруга указной части другому... въ случаѣ признанія и оглашенія сего послѣдняго несостоятельнымъ должникомъ, переходитъ или къ конкурсу... буде онъ существуетъ, или непосредственно къ кредиторамъ, если на удовлетвореніе ихъ наличнаго у должника имущества окажется не достаточно“. Очевидно, что законъ разумѣетъ здѣсь выдѣлъ указной доли изъ чистаго актива— такъ какъ выдѣлять указную долю въ исключительную пользу кредиторовъ вдовы изъ актива вообще безъ удовлетворенія кредиторовъ наслѣдователя (законъ объ одновременномъ удовлетвореніи умалчиваетъ), невозможно.

IV. Право на кварту по римскому праву предоставлялось лично вдовѣ. Умри она до наступленія dies cedens, когда возникало для нея правомочіе пріобрѣсти отказъ, наслѣдники ея пріобрѣсти отказа за нее уже не могли [3]). Также дѣло обстоитъ и по русскому праву: указная доля дается лично вдовѣ безъ учета ея наслѣдниковъ: умри вдова „не просивъ о выдѣлѣ ей указной части“, то наслѣдники ея не имѣютъ права требовать сей части (ст. 1152) [4]).

V. Какъ въ римскомъ правѣ [5]), такъ и въ русскомъ jus accrescendi не дѣйствуетъ въ пользу вдовы. „Законная жена послѣ мужа какъ при живыхъ дѣтяхъ (безъ отношенія къ ихъ числу), такъ и безъ оныхъ получаетъ

---

[1]) Nov. 22 c. 18, 28 см. Köppen S. 689.
[2]) См. выше стр. 160 и слѣд.
[3]) См. Дернбургъ т. III стр. 280. Köppen G. 726–33 Windscheid B. III. S. 628.
[4]) См. указы 1782 г. марта 14 (П. С. З. № 15364) и 1784 г. марта 27 (П. С. З. № 15971) и рѣш. Сената 1878 г. № 225 и 1888 г. № 95.
[5]) См. Windscheid B. III S. 362 not. 10 in. fine, также Nov. 117 c. V.

изъ недвижимаго имѣнія $^1/_7$ часть, а изъ движимаго четвертую“ [1]).

VI. Кварта вдовы-безприданницы, какъ законный отказъ, пріобрѣталась окончательно по мнѣнію прокуліанцевъ [2]) и цѣлаго ряда романистовъ, съ момента принятія ея. Статья 1152 т. X. ч. I. Св. З. говоритъ буквально то же самое: „если бездѣтная жена умретъ, *не просивъ* при жизни своей о выдѣлѣ ей указной части, то наслѣдники ея не имѣютъ права требовать сей части“.

VII. Такъ какъ по общему правилу всякій отказъ изъ вещей, принадлежавшихъ умершему, если прямо не было установлено противнаго, являлся по Юстиніанову праву per vindicationem [3]), то таковой являлась съ той же оговоркой и кварта вдовы—безприданницы. Вещный эффектъ пріобрѣтенію вдовой отказа въ аналогичномъ случаѣ сообщаетъ и русское право: если отказъ изъ имущества мужа принятъ, т.-е. пріобрѣтенъ, то (по ст. 1152) „пропущеніемъ десятилѣтней давности *не лишается* какъ сама жена, такъ и ея наслѣдники, *сей* (указной) *части*“,—т.-е. части изъ наслѣдственнаго имущества. Лишить можно того имущества, которое уже пріобрѣтено; разъ въ ст. 1152 заходитъ рѣчь послѣ пріобрѣтенія отказа о лишеніи наслѣдственнаго имущества вдовы въ размѣрѣ ея указной доли, то, очевидно, подразумѣвается, что она уже пріобрѣла его. При отказѣ изъ имущества свекра съ момента принятія вдова пріобрѣтаетъ лишь право *требованія* о выдѣлѣ отказа—статья 1152 говоритъ только объ имуществѣ мужа.

Но между указной долей и квартой римской вдовы существуютъ, конечно, и различія, не относящіяся, впрочемъ, къ существу институтовъ. Какъ извѣстно, по римскому праву [4]) вдова получала обезпеченіе только при отсутствіи у нея приданаго; по русскому—и при наличности его, при чемъ, послѣднее даже не зачитывается въ указную долю (ст. 1150); римская вдова

---

[1]) См. Побѣдоносцевъ т. II стр. 327 in fine.

[2]) См. указанія по этому вопросу у Дернбурга т. III стр. 282, Köppen S. 733—34. Windscheid B. III S. 641. Gaius, II, 195.

[3]) См. Дернбургъ, т. III стр. 255, Windscheid B. III S. 641.

[4]) См. Nov. 117 c. 5 Дернбургъ т. III стр. 362, Windscheid B. III S. 360, Vangerov B. II S. 358 not. 1., Köppen S. 687 n. f.

получала четверть изъ имущества мужа только въ томъ случаѣ, когда съ ней конкурировало не болѣе 3 дѣтей умершаго, въ противномъ случаѣ она получала т. н. Kopfteil, столько, сколько и другіе конкуренты при поголовномъ раздѣлѣ; причемъ, если конкурирующія со вдовой дѣти умершаго происходили отъ брака съ нею, то она получала свою долю (четверть или менѣе) только въ пожизненное пользованіе [1]). По русскому праву вдова получаетъ свою долю всегда въ одномъ размѣрѣ безъ всякаго соотношенія съ количествомъ дѣтей-конкурентовъ и всегда въ собственность (ст. 1148).

III.

Вопросъ о существѣ указной доли ставится какъ въ рѣшеніяхъ Сената, такъ и литературѣ и рѣшается какъ тамъ, такъ и здѣсь различно. Мнѣніе, развиваемое нами, Сенатъ высказываетъ въ нѣсколькихъ рѣшеніяхъ. Такъ, въ Рѣшеніяхъ 1871 г. № 1224, 1879 г. № 342 и 1905 г. № 96 Сенатъ прямо говоритъ, что вдова *не наслѣдница*; при чемъ между этими рѣшеніями есть извѣстная согласованность—рѣшеніе 1905 г. прямо ссылается на рѣшеніе 1879 г. Въ послѣднемъ содержится довольно обстоятельная и съ нашей точки зрѣнія правильная аргументировка мнѣнія, высказаннаго Сенатомъ, и, повидимому, ее признаетъ Сенатъ въ сравнительно недавнемъ рѣшеніи (1905 г.), разъ на нее ссылается. Поэтому не безполезно на ней остановиться.

„Жена не связана съ мужемъ происхожденіемъ отъ одного общаго родоначальника и потому не принадлежитъ къ роду своего мужа и какъ таковая не призывается къ наслѣдованію по закону въ наслѣдствѣ умершаго мужа: она въ правѣ по 1152 ст. при жизни своей просить о выдѣлѣ ей указной части, опредѣленной въ статьѣ 1148, изъ имѣнія, оставшагося послѣ мужа, свободнаго отъ завѣщательнаго распоряженія, но это право не есть чисто наслѣдственное право: овдовѣвшая супруга

---

[1]) См. примѣч. 2 на предш. стран.

получаетъ выдѣлъ на *прожитокъ* и источникъ этого ея права заключается въ заботѣ законодателя въ обезпеченіи положенія лица, остающагося во вдовствѣ и утратившаго за смертью супруга тѣ способы къ содержанію, коими она пользовалась при его жизни, между тѣмъ источникъ наслѣдственнаго права по закону есть принадлежность къ одному роду съ наслѣдодателемъ". Такимъ образомъ принципіальная точка зрѣнія Сената въ этомъ рѣшеніи ясна, и аргументировка ея подробна, но какіе практическіе выводы изъ этого принципа (относительно, напр., отвѣтственности за долги) дѣлаетъ здѣсь Сенатъ совершенно неизвѣстно.

Въ рѣшеніяхъ противоположнаго содержанія, въ которыхъ Сенатъ прямо называетъ вдову наслѣдницей, мы наблюдаемъ обратное явленіе: аргументировка крайне кратка и недостаточна, но зато практическіе выводы опредѣленны—жена отвѣтственна за долги мужа по ст. 1259. См. рѣшенія 1868 г. № 563, 1870 г. № 1599 и 1877 г. № 151, 1879 г. № 171 1880 г. № 35.

Недостаточность аргументировки въ этихъ рѣшеніяхъ мы видимъ въ томъ, что Сенатъ не входитъ здѣсь въ разсмотрѣніе статей, нормирующихъ указную долю, не дѣлаетъ сопоставленія ихъ со статьями о наслѣдованіи родственниковъ вообще, не старается пролить свѣтъ на дѣло путемъ выясненія основного принципа наслѣдованія по дѣйствующему праву, какъ это сдѣлано въ рѣшеніи 1879 г. № 342, а просто ссылается на то, что указная доля помѣщена подъ заглавіемъ „о наслѣдованіи супруговъ" и что законъ якобы подчиняетъ указную долю правиламъ о наслѣдованіи. Что ссылка на заглавіе, на рубрику X тома части I, не можетъ имѣть рѣшающаго значенія, это ясно для каждаго знакомаго съ системой названнаго тома [1]). Второй аргументъ прямотаки неправиленъ, ибо какъ разъ, наоборотъ, нормировка указной доли является совершенно особенной. Въ литературѣ взглядъ, защищаемый нами, проводится Мейеромъ (Уч. гражд. пр. стр. 666—668), Азаревичемъ

---

[1]) Подъ рубрикой „о наслѣдованіи" помѣщ. статьи 1141 и 1142, гласящія, что родители не наслѣдники послѣ дѣтей.

Выкупъ родовыхъ имуществъ нормируетея подъ рубрикой (книг. III разд. II), оглавленной „о пріобрѣтеніи имуществъ наслѣдствомъ по закону".

(Жур. граж. и угол. пр. 1880 г. кн. 4 стр. 44—45), Ильяшенкомъ (Вѣстн. Прав. 1902 г. №№ 4—5) и Пахманомъ (истор. кодиф. гражд. пр. т. II стр. 190). Изъ нихъ Мейеръ, а за нимъ Азаревичъ, тѣмъ не менѣе, высказываются за ответственность вдовы по долгамъ мужа согласно статьѣ 1259.

Противоположная точка зрѣнія на указную долю находитъ также не мало защитниковъ, въ ихъ числѣ: Побѣдоносцевъ (т. II стр. 318), Анненковъ (т. VI стр. 336—37), Шершеневичъ (Учеб. рус. гражд. права изд. 1907 г. стр. 747), Кавелинъ (Журн. гражд. и угол. пр. 1885 г. кн. 3 прилож. стр. 68), Любавскій (Юрид. моног. и изслѣд. т. I. стр. 66 и сл.), Товстолѣсъ (Жур. Мин. Юст. 1911 г. № 5 стр. 40), Лавровъ (Юрид. Вѣстн. 1863 г. кн. 9 ст. 79), Мышъ (Жур. гр. и угол. пр. 1887 г. кн. 10 стр. 93).

Изъ всѣхъ перечисленныхъ цивилистовъ Анненковъ, Товстолѣсъ и Кавелинъ опровергаютъ мнѣніе, раздѣляемое нами какъ съ догматической, такъ и съ исторической точки зрѣнія, остальные—только съ догматической. Прежде всего, Товстолѣсъ полагаетъ (стр. 39), что „изъ историческихъ памятниковъ законодательства мы черпаемъ матеріалъ для заключенія, что преемство супруговъ по отечественному праву, какъ право наслѣдованія, признавалось древними памятниками и ясно формулировано законодательствомъ императорскаго періода первой половины (указ. 1725 г. и 1731). Это положеніе Товстолѣсъ опираетъ на слѣдующія постановленія Уложенія: 1) „Согласно Уложенію въ родовыхъ и выслуженныхъ вотчинахъ жена получаетъ опредѣленную часть ихъ на прожитокъ“, (стр. 24) 2) вотчины, купленныя отъ казны, предоставлялись бездѣтной вдовѣ, *только* „на прожитокъ“, 3) „въ вотчинахъ же, купленныхъ отъ частныхъ лицъ, вдова являлась наслѣдницею въ полномъ смыслѣ слова“ (стр. 25), 4) изъ помѣстій „жена получаетъ“ *„на прожитокъ“* (стр. 26), 5) „въ движимомъ имуществѣ мужа бездѣтная вдова получаетъ въ полную собственность

---

[1]) Подъ рубрикой „о наслѣдованіи“ помѣщ. статьи 1141 и 1142, гласящія, что родители не наслѣдники послѣ дѣтей.

Выкупъ родовыхъ имуществъ нормируется подъ рубрикой (книг. III разр II), оглавленной „о пріобрѣтеніи имуществъ наслѣдствомъ по закону“.

четвертую часть“ (стр. 27). Далѣе (стр. 33) Товстолѣсъ утверждаетъ, что указная доля, установленная закономъ 1731 г. въ пользу пережившаго супруга, имѣетъ характеръ наслѣдованія. „Прежде всего она продоставляется въ полную собственность супруга, а затѣмъ она получаетъ примѣненіе независимо отъ того, имѣетъ ли супругъ дѣтей или нѣтъ“.

Совершенно ясно, что доказательства, приводимыя Товстолѣсомъ, не подтверждаютъ того положенія, которое они должны подтвердить. Если вдова получала въ извѣстныхъ случаяхъ по Уложенію „на прожитокъ“ родовыя, выслуженныя и купленныя отъ казны вотчины, а также и помѣстья, то, разумѣется, въ этихъ случаяхъ нельзя признать наслѣдованія: понятіе наслѣдованія и „прожиточныхъ дачъ“ въ Уложеніи, несомнѣнно, различаются. [1]) Чтобы заставить признать затѣмъ вдову наслѣдницей въ купленныхъ отъ частныхъ лицъ вотчинахъ мужа, недостаточно, конечно, простой ссылки на слова стт. 2 и 6 гл. XVII Уложенія Алекс. Михайловича: „а купленная вотчина женѣ его, вольно ей въ той вотчинѣ, какъ похочетъ:“ необходимо еще истолковать этотъ законъ, ибо, какъ мы выше показали (ч. II стр. 8—12 нашей раб.), есть серьезныя основанія не признавать здѣсь наслѣдованія. Наконецъ, считая вдову по Уложенію наслѣдницей въ движимости, Товстолѣсъ, несомнѣнно, дѣлаетъ ошибку и тѣмъ болѣе странную, что онъ ставитъ четверть по Уложенію въ непосредственную связь (стр. 31) съ четвертью изъ всего имѣнія мужа по зак. 1716 г. Постановленіе о выдѣлѣ женѣ четверти изъ движимости попало въ Уложеніе черезъ зак. 1627 года изъ греческихъ законовъ, гдѣ такой выдѣлъ наслѣдованіемъ не считался. [2]) Сохраненіе греческой точки зрѣнія въ Московскомъ правѣ подтверждается указомъ патріарха Филарета 1657 года іюля 25 (П. С. З. № 210) [3]). Поэтому совершенно невозможно отождествленіе доли вдовы по Уложенію съ долей по закону 1716 г. Апрѣля 15 (П. С. З. № 3013), согласно которому вдовѣ „по воспріятіи

---

[1]) См. Уложеніе глав. XVII. Влад.—Буд. Обзор. ист. р. пр. стр. 468 прим 1.

[2]) См. часть II нашей раб.

[3]) См. примѣч. первое.

четвертой части платить и долговъ письменныхъ четвертую же часть".

Толкованіе указа 1731 года Товстолѣсомъ—также неправильно: изъ того обстоятельства, что вдова получаетъ свою часть по указу 1731 года въ собственность еще не слѣдуетъ заключеніе о наслѣдственномъ характерѣ этого полученія, ибо моментъ перехода въ собственность имущества самъ по себѣ не составляетъ еще признака наслѣдованія. Для доказательства его необходимо установить вступленіе посмертнаго преемника въ *совокупность* юридическихъ отношеній умершаго, какъ со стороны актива такъ и пассива. Примѣромъ можетъ служить выдѣлъ четверти изъ движимости по Уложенію. Указаніе Товстолѣса на то, что по закону 1731 года вдова получала свою долю какъ при дѣтяхъ, такъ и безъ нихъ, тогда какъ по Уложенію только въ первомъ случаѣ, обнаруживаетъ лишь расширеніе предѣловъ постановленія Уложенія въ названномъ законѣ, но къ существу вопроса не относится.

На замѣчаніе Кавелина (Ж. гр. и уг. пр. 1885 г. кн. 3.), что „воспоминаніе объ историческомъ происхожденіи права наслѣдованія вдовы послѣ мужа въ теченіе XVIII и XIX вѣковъ совершенно изгладились", мы отвѣтимъ тѣми же возраженіями, какія только что были сдѣланы по адресу Товстолѣса.

Анненковъ въ подтвержденіе своего мнѣнія обращаетъ вниманіе главнымъ образомъ на указъ 1731 года Марта 17 и законъ 4 іюня 1836 года. Подтвержденіе своего мнѣнія въ первомъ законѣ Анненковъ видитъ въ томъ, что о выдѣлѣ вдовѣ указной доли говорится здѣсь на ряду съ выдѣломъ долей дѣтямъ наслѣдодателя (Т. VI ст. 337). Но совершенно ясно, что если законъ и говоритъ объ указной долѣ вдовы на *ряду* съ долями дѣтей, то отсюда далеко до вывода, что онъ приравниваетъ ихъ. Для такого вывода нужны были бы болѣе вѣскіе аргументы, чѣмъ указаніе на совмѣстную нормировку вдовьей и дѣтскихъ долей, ибо, какъ извѣстно, указъ 1731 года, отмѣняя указы 1714 г. о единонаслѣдіи и 1716 года, возратился къ системѣ Уложенія, [1]) кото-

[1]) См. введеніе и пункты 1 и 6 указа 1731 г.

рое жену наслѣдницей не считало и опредѣляло тѣмъ не менѣе права вдовы на имущество умершаго мужа въ тѣхъ же самыхъ статьяхъ, въ которыхъ нормировалось наслѣдованіе дѣтей умершаго (см. гл. XVII Уложенія стт. 2, 4 и сл.).

Что касается ссылки Анненкова на законъ 1836 года іюня 4, озаглавленный „О порядкѣ *наслѣдованія* супруговъ", то врядъ ли можно признать убѣдительность этой ссылки. Одно заглавіе закона, конечно, дѣла не разрѣшаетъ, тѣмъ болѣе, что этотъ законъ существа указной доли не затрагиваетъ; поэтому онъ не отмѣняетъ ни Уложенія, ни указа 1731 г., правильно показанныхъ въ числѣ источниковъ статей X т. ч. I объ указной долѣ.

Что касается возраженій съ точки зрѣнія догматической, то у большинства возражающихъ цивилистовъ они состоятъ исключительно въ ссылкѣ на положеніе указной доли въ системѣ X тома части I, на заглавіе рубрики, подъ которой нормируется указная доля—„о наслѣдованіи супруговъ" и, наконецъ, на выраженія статьи 1153: „мужъ послѣ жены *наслѣдуетъ* по тѣмъ же правиламъ, какъ и жена послѣ мужа". [1]) Лишь Любавскій (Юрид. Моног. и изслѣд. т. I. стр. 66) и Лавровъ (Юрид. Вѣс. 1863 г. кн. 9. стр. 79) прибавляютъ еще тотъ аргументъ, что „въ Сводѣ Законовъ нигдѣ не постановлено, чтобы супруги относительно указной доли освобождались отъ платежа соотвѣтствующихъ ей долговъ умершаго и разсматривались какъ наслѣдники бенефиціаріи". Шершеневичъ (стр. 747) и Товстолѣсъ (стр. 41) также подтверждаютъ свое мнѣніе ссылкой на то, что вдова отвѣчаетъ за долги мужа, но эту ссылку въ отличіе отъ Любавскаго и Лаврова они никакъ не аргументируютъ. Что касается прежде всего подчеркиванія заглавія рубрики, подъ которой помѣщена указная доля, выраженій ст. 1153 и мѣста указной доли въ системѣ X. т. ч. I, имъ нельзя придавать такого рѣшающаго значенія, какъ это дѣлаютъ названные цивилисты. Къ

---

[1]) См. Побѣдоносцевъ т. II стр. 318, Кавелинъ Ж. гр. и уг. пр. 1885 г. кн. 3 прил. стр. 68, Анненковъ т. VI стр. 336, Мышъ Ж. гр. и угол. пр. 1887 г. кн. 10 стр. 93. Шершеневичъ Уч. рус. гр. пр. стр. 747. Товстолѣсъ (Ж. Мин. Юст. 1911 г. кн. 5 стр. 41).

рубрикамъ X т. ч. I и вообще расположенію законовъ въ немъ надо относиться весьма осторожно; далѣе выраженія статьи 1153 не могутъ быть понимаемы въ техническомъ смыслѣ, иначе они окажутся въ несомнѣнномъ противорѣчіи съ содержаніемъ статей, положительно нормирующихъ указную долю (см. часть I наш. раб.). На эти противорѣчія названные цивилисты вниманія не обращаютъ, а потому и лишаютъ свою аргументацію достаточнй силы. Исключеніе представляетъ, впрочемъ, Побѣдоносцевъ: онъ признаетъ особенность указной доли, называя вдову *не прямой* наслѣдницей послѣ мужа, ибо „прямое наслѣдство бываетъ по крови“, (Т. II стр. 318 и 327), и совсѣмъ даже не считая за наслѣдованіе выдѣлъ указной доли изъ имущества живого сквера (стр. 323). Но изъ этихъ отдѣльныхъ, правильно охарактеризованныхъ элементовъ онъ не создаетъ правильной конструкціи и въ конечномъ счетѣ признаетъ, противорѣча самому себѣ, что „указная часть вдовы почитается наслѣдствомъ, ибо права вдовы на полученіе сей части основаны на *общемъ* законѣ *наслѣдства*“ (т. II стр. 327). Причиной этому, повидимому, неправильное представленіе объ историческомъ прошломъ наслѣдованія вдовы: въ эпоху Уложенія, по мнѣнію Побѣдоносцева (т. II стр. 279) „вотчины (купленныя) еще долго были *наслѣдуемы* женами въ исключительную собственность“, а затѣмъ, „по окончательномъ соединеніи помѣстій съ вотчинами, окончательно опредѣлилось право жены въ самомъ простомъ видѣ *на наслѣдство* въ недвижимомъ имѣніи, по размѣру помѣстнаго права, т. е. $^1/_7$ части (1731 г.).“ (См. критику историческихъ соображеній Товстолѣса и Анненкова).

Наконецъ, предположеніе Любавскаго и Лаврова объ отвѣтственности вдовы за долги умершаго (по ст. 1259) было бы правильнымъ лишь тогда, когда былъ бы доказанъ наслѣдственный характеръ указной доли, но служить подтвержденіемъ такого характера названное предположеніе не можетъ. Въ этихъ разсужденіяхъ Любавскаго и Лаврова неизвѣстное опредѣляется черезъ неизвѣстное (petitio principii).

Считаясь съ вышеприведенными возраженіями, мы все-таки не можемъ съ ними согласиться и признать вдову, получающую указную долю, наслѣдницей по рус-

скому праву. Несомнѣнно, здѣсь мы имѣемъ дѣло съ историческимъ пережиткомъ, отличающимъ русское право въ ряду современныхъ З-европейскихъ правовыхъ системъ [1]), но тѣмъ не менѣе этотъ пережитокъ простымъ толкованіемъ закона устраненъ быть не можетъ.

Б. А. Лапицкій.

---

[1]) См. напр. Code civil art. 767 и Bürgerliches Gesetzbuch für das deutsche Reich § 1931.

Критика и библіографія.

Н. Н. Алексѣевъ, Науки естественныя и науки общественныя въ историческомъ взаимоотношеніи ихъ методовъ.

Работа Н. Н. Алексѣева посвящена идеѣ натурализма въ въ соціально-политическихъ теоріяхъ новаго времени, при чемъ въ нынѣ вышедшемъ первомъ томѣ авторъ останавливается только на одномъ типѣ натуралистическихъ ученій — проникнутыхъ аналогіями, заимствованными изъ механическаго естествознанія. — Цѣль поставлена историко-критическая — какъ наиболѣе плодотворная въ области методологіи, ибо, по словамъ автора,—„Неправильно думать, будто методологическія проблемы не находятся ни въ какой связи съ существенными вопросами соціально-политической философіи. Истинно понятое методологическое изслѣдованіе должно служить введеніемъ въ изученіи проблемъ по ихъ существу, должно давать матеріалъ и указывать путь для ихъ возвращенія". Вліяніе механическихъ аналогій особенно сильно сказалось въ новой европейской мысли два раза: въ 17-мъ вѣкѣ—въ эпоху расцвѣта новаго математическаго и механическаго естествознанія и въ 19-мъ вѣкѣ—въ эпоху разложенія нѣмецкаго идеализма. На нихъ и сосредоточиваетъ свое вниманіе Н. Н. Алексѣевъ.

Изслѣдуя первую изъ этихъ эпохъ, приходится прежде всего констатировать то притягательное дѣйствіе, которое оказывалъ здѣсь на изученіе человѣка математическій познавательный идеалъ — мысль, что именно математика и, только она одна, даетъ образецъ истинной науки. Не всегда это преклоненіе приводило къ послѣдовательному натурализму въ духѣ Гоббса и Спинозы, проникающему въ самое содержаніе воззрѣній; иногда оно выражалось въ натурализмѣ формальномъ, который пользовался только математической внѣшней схемой. Эта математическая обработка соціальныхъ знаній чрезвычайно облегчалась ученіемъ о тѣхъ устойчивыхъ элементахъ міра, которые стоятъ за его субъективно-воспринимаемыми чувственными свойствами и ко-

торыя суть царство вѣчныхъ и непзмѣнныхъ законовъ. Въ связи съ этимъ механическая теорія общества и государства могла принять столь характерный для нея въ 17-мъ и 18-мъ вѣкѣ атомистическій отпечатокъ: общество есть только сумма индивидуумовъ, и соціальныя связи безъ остатка разлагаются на чисто-индивидуальныя состоянія. Эти мысли проникали въ доктрины естественнаго права и своеобразно воплощаются въ системѣ экономической свободы, связанной съ именами Смита и Бентама. Среди такихъ математическихъ и механическихъ категорій нѣтъ мѣста для развитія, для исторіи—отсюда пренебреженіе картезіанцевъ къ исторіи; отсюда крайній скептицизмъ Гоббса относительно морально-политическихъ наукъ; отсюда, съ другой стороны, антиисторическій утопизмъ, такъ легко вырастающій на почвѣ этой соціальной механики.

Господство послѣдней, однако, существенно ограничивалось сознаніемъ наличности рядомъ съ истинной необходимостью математической съ истинной необходимостью моральной. Какъ мы видимъ у Лейбница, въ его различеніи Бога-архитектора и Бога-властителя, а также сознаніемъ своеобразій конкретнаго единичнаго бытія (отголоски этого сознанія даже у Спинозы въ его „conatus sui tuendi et conservandi). А рядомъ съ этимъ мы видимъ вообще растущую реакцію противъ механическаго и математическаго идеала въ соціальной наукѣ. Это проявилось прежде всего въ реакціи исторической. Уже въ англійскомъ эмпиризмѣ, несмотря на свойственныя ему натуралистическія тенденціи, у Бекона и Локка мы находимъ иное пониманіе своеобразныхъ чертъ исторіи и стремленіе исходить не изъ математической конструкціи, а изъ подлинныхъ историческихъ фактовъ. Еще болѣе проникнутъ историческимъ духомъ Монтескье, хотя этотъ историзмъ сказался скорѣе въ конкретной разработкѣ проблемъ, составляющихъ предметъ Esprit des lois,—скорѣе, чѣмъ въ соціально-философскихъ предпосылкахъ, которыя не подвергаются пересмотру. Однако, эта реакція, проявившаяся особенно у Тюрго и Сенъ-Симона, не будучи достаточно принципіальной, и не найдя для себя новаго философскаго обоснованія, не могла преодолѣть и механической теоріи общества. Рѣшительный ударъ послѣдней былъ нанесенъ реакціей философской, совершившейся въ нѣмецкомъ идеализмѣ, связанной прежде всего съ Кантомъ и Гегелемъ. Уже въ своемъ раннемъ сочиненіи Кантъ, въ отличіе отъ Мендельсона, настаивалъ на коренномъ различіи знаній математическихъ и метафизическихъ. Далѣе, царству природы было противопоставлено царство свободы; механической причинности—

сверхъ-механическая цѣлесообразность, хотя бы только въ качествѣ регулятивнаго принципа. Эти основныя начала Кантіанскаго міровоззрѣнія были болѣе важны, чѣмъ его сохранявшаяся зависимость отъ стараго натурализма. Еще далѣе пошелъ Гегель съ его защитой разумности нравственнаго міра, выраженной въ знаменитомъ афоризмѣ: „was vernünftig ist, das ist wirklich, und was wirklich ist, das ist vernünftig,—съ его телеологической философіей исторіи; но старый натуралистическій раціонализмъ уступилъ мѣсто у Гегеля логическому, гдѣ также не оставалось мѣста для конкретнаго и единичнаго.

Вторая часть книги Н. Н. Алексѣева посвящена разложенію гегеліанства и образованію теоріи экономическаго матеріализма; такъ называемое лѣвое гегеліанство было движеніемъ скорѣе религіознымъ и политическимъ, чѣмъ чисто философскимъ; въ немъ — особенно у Фейербаха—сказывался рядъ точекъ соприкосновенія съ натурализмомъ 17-го вѣка; однако, это былъ не чистый регрессъ, а нѣкоторый синтезъ наслѣдія идеалистической философіи со старыми естественно-правовыми понятіями и новыми впечатлѣніями отъ соціально-политической дѣйствительности. Такимъ образомъ, оказалось возможнымъ для Штрауса воспринять историческія тенденціи гегеліанства и примѣнить ихъ въ области исторіи религіи, въ частности, — христіанства, а въ то же время откинуть гегелевскій панлогизмъ. Однако, проблема отношеній между единичнымъ и всеобщимъ оставалась и при этомъ отказѣ отъ панлогизма столь же неразрѣшенной въ чрезвычайной рѣзкости и, такъ сказать, заостренности постановки этой проблемы и лежитъ знаменательность и интересъ Штирнера съ его „единственнымъ“ и „неизреченнымъ“, съ его полной атомизаціей соціальныхъ связей.

Важнѣйшимъ результатомъ указаннаго односторонняго развитія гегелевской философіи, которое въ то же время было и ея разложеніемъ, является экономическій или историческій матеріализмъ; по словамъ Н. Н. Алексѣева, здѣсь совершился „дальнѣйшій шагъ въ признаніи принципіальной невозможности механическихъ аналогій въ соціальныхъ наукахъ“. Марксъ вполнѣ понималъ всю невозможность исходить отъ абстрактной личности, съ которой оперировала классическая экономія Смита и Рикардо; отдѣляло его отъ старой механической теоріи и рѣшительное отрицаніе вѣчныхъ и неизмѣнныхъ истинъ — законы общественнаго развитія у него всегда введены въ рамки времени и условій (напримѣръ, законы народонаселенія). Словомъ, у Маркса мы находимъ историзмъ и пониманіе конкретнаго, но

рядомъ съ этимъ все его міровоззрѣніе проникаетъ матеріалистическій отпечатокъ, особенно выступающій въ ученіи о трудѣ, какъ субстанціи цѣнности. Такимъ образомъ, въ марксизмѣ открываются совершенно различныя философскія наслоенія, что особенно сказалось въ его популяризаціи, которая начинается уже у Энгельса. Своимъ историзмомъ Марксъ обязанъ нѣмецкой идеалистической философіи,—однако, его отдѣляетъ отъ послѣдней непроходимая грань, почему Н. Н. Алексѣевъ и относится съ большимъ скептицизмомъ къ попыткамъ сочетать марксизмъ въ неокантіанствѣ. Идеи „естественнаго закона“ у Маркса и „моральной свободы“ у Канта стоятъ въ непримиримомъ антагонизмѣ, и если марксизмъ остается новымъ отвѣтвленіемъ отъ гегеліанскаго ствола, онъ знаменуетъ глубокое истощеніе этого послѣдняго. Такимъ образомъ, цѣнность марксизма, въ концѣ-концовъ, отрицательная: онъ, воспринимая историзмъ чуждый соціальной механикѣ 17-го вѣка, показываетъ несостоятельность самаго ея познавательнаго идеала.

Вышеизложенное даетъ представленіе о томъ, какъ широка и разнообразна тема; нельзя не отнестись съ полнымъ сочувствіемъ къ стремленію автора поставить въ связь вопросы методологіи съ конкретной исторіей и конкретной жизнью соціально-политическихъ наукъ. Но такая постановка—весьма трудная и отвѣтственная, и въ осуществленіи ея у автора оказались нѣкоторые довольно существенные пробѣлы.

Прежде всего остаются недостаточно выясненными собственныя философскія и гносеологическія точки зрѣнія автора, существенныя тамъ, гдѣ рѣчь идетъ не только объ исторіи, но также объ оцѣнкѣ. Н. Н. Алексѣевъ, съ одной стороны, считаетъ невозможной полную раціонализацію общественныхъ наукъ,—особенно раціонализацію въ духѣ математическаго познавательнаго идеала; съ другой—его не удовлетворяютъ современныя ирраціоналистическія попытки, сказывающіяся въ прагматизмѣ, интуитивизмѣ и т. п. Но здѣсь еще остается чрезвычайно большой просторъ и его не можетъ заполнить высказанное авторомъ сочувствіе философской традиціи, подчеркивающей значеніе конкретнаго—традиціи, которую онъ возводитъ къ Лейбницу, средневѣковымъ схоластикамъ, Аристотелю. Мы видимъ здѣсь скорѣе философское настроеніе, чѣмъ опредѣленные взгляды автора.

Далѣе, Н. А. Алексѣевъ, изслѣдуя математическія и механическія аналогіи, переносимыя въ соціальныя науки недостаточно считается съ развитіемъ самой математики и механическаго естествознанія. Между тѣмъ, изучаемый имъ періодъ внесъ глу-

бокія измѣненія въ исторію соотвѣтствующихъ наукъ—даже въ математику (открытіе аналитической геометріи, дифференціальнаго исчисленія и т. п.). Въ области физики мы видимъ борьбу картезіанства и ньютоніанства, которые представляли изъ себя въ своемъ утвержденіи и отрицаніи дѣйствія на разстояніика къ бы два спорящихъ физическихъ міровоззрѣнія. Чрезвычайно существенной стороной въ исторіи естествознанія этой эпохи является ея тяготѣніе въ сторону наблюденія и опыта. Мы не говоримъ уже, что химія до Пристлея и Лавуазье остается въ стадіи сравнительно грубаго эмпиризма, при которомъ невозможенъ количественный анализъ, но даже въ механикѣ и астрономіи, прежде чѣмъ получилась возможность примѣнить къ нимъ послѣдовательную математическую дедукцію, приходилось устанавливать важнѣйшія опытныя данныя — вспомнимъ, хотя бы о Галлилеѣ, а также о Тихо-де-Браге, давшемъ, несмотря на свою ложную теорію, матеріалы Кеплеру. Между тѣмъ Н. Н. Алексѣевъ какъ-то склоненъ признавать идеалъ математическаго и механическаго познаванія за нѣчто разъ навсегда установленное, склоненъ, такъ сказать, его модернизировать, перенося на 17-й вѣкъ взгляды, выработавшіеся въ эпоху утвержденія закона сохраненія энергіи. Съ этой стороны онъ не доучитываетъ роль эмпиризма въ наукѣ и философіи изслѣдуемаго періода. Отсюда и его стремленіе, умалить контрастъ между англійскимъ эмпиризмомъ и французскимъ раціонализмомъ. При такихъ условіяхъ было затруднительно дать отвѣтъ на вопросъ, гдѣ механическія аналогіи были только внѣшней формой для соціально-политической теоріи, и гдѣ онѣ опредѣляли самое ея содержаніе. Точно такъже, когда авторъ говоритъ объ исторической реакціи соціальной механики, когда онъ отмѣчаетъ ея недостаточно философскій характеръ, онъ какъ бы забываетъ, что конкретный историзмъ, который мы встрѣчаемъ, напримѣръ, у Монтескье, былъ важенъ именно этой своей разработкой вопросовъ соціально-политической дѣйствительности и этимъ путемъ косвенно вскрывалъ безплодность крайняго раціонализма: смутность методологическихъ принциповъ и философскихъ предпосылокъ совмѣщалась съ здоровымъ стремленіемъ исходить изъ матеріала дѣйствительной исторіи.

Оцѣнка нѣмецкой идеалистической философіи чужда тѣхъ крайностей, при которыхъ въ ней усматривается лишь безпримѣрный подъемъ европейской мысли, за коимъ послѣдовало и ея безпримѣрное паденіе. Но если авторъ указываетъ, что именно этотъ идеализмъ нанесъ рѣшительный ударъ механическому пониманію общества, если онъ отмѣчаетъ въ немъ необычайное

богатство проблемъ, мы въ правѣ отъ него ожидать, что онъ болѣе на немъ остановится именно въ смыслѣ значенія его для методологіи соціальныхъ наукъ. Между тѣмъ, какъ онъ самъ указызываетъ, то раздѣленіе царства природы и царства духа, которое мы находимъ у Канта (отчасти намѣченное уже Лейбницемъ) еще не освобождало соціальную науку, поскольку она имѣла дѣло съ эмпирическимъ міромъ, отъ механическихъ предпосылокъ. Не чужда была послѣднимъ и соціологія самого Канта. И послѣ Канта приходилось идти по пути, какъ выражается Н. Н. Алексѣевъ, историческаго денатурализма. Въ этомъ смыслѣ полнѣе освѣщенъ Гегель, хотя остается недостаточно выясненнымъ, какую цѣнность для развитія науки представляла замѣна стараго натуралистическаго раціонализма новымъ—логическимъ.

Наконецъ, и въ исторіи разложенія гегеліанства, и въ анализѣ экономическаго матеріализма, хотя авторъ безусловно стремится избѣжать всякой односторонности, хотя онъ при всѣхъ философскихъ недочетахъ этой послѣ-гегелевской соціальной философіи видитъ не чистый регрессъ, а нѣкоторый синтезъ, у читателя являются извѣстныя недоумѣнія. Можно ли, напримѣръ, такъ связывать историзмъ съ традиціями гегелевской философіи, освобожденіе отъ которыхъ было едва ли не главнымъ успѣхомъ въ созданіи современнаго историческаго пониманія? Можно ли допускать съ Н. Н. Алексѣевымъ, что Штраусъ, когда писалъ Das Leben Jesu, воспринималъ историзмъ гегеліанства, но чуждъ былъ его панлогизму? Мы думаемъ, напротивъ, что и Штраусъ и вся тюбингенская школа въ исторіи христіанской церкви отъ Гегеля восприняла именно схематическій раціонализмъ, что вкладъ ея въ историческую науку совершился скорѣе вопреки вліянію Гегеля, чѣмъ благодаря ему. Вообще Н. Н. Алексѣевъ склоненъ, какъ намъ кажется, недостаточно считаться съ окружающей это лѣвое гегеліанство соціальной и духовной атмосферой, съ наличностью общей реакціи историзма въ 19-мъ вѣкѣ противъ утвержденій философіи 18-го вѣка и съ давленіемъ чисто политическихъ и соціальныхъ злобъ дня. Въ свойствахъ этой атмосферы, а не въ діалектическомъ отрицаніи гегеліанскихъ положеній слѣдуетъ, какъ намъ кажется, искать источника и своеобразнаго творчества Штирнера. Что же касается экономическаго матеріализма, то сопоставленіе его съ механической соціальной теоріей, съ которой, по мысли автора, онъ долженъ представлять нѣкоторый аналогъ, кажется также искусственнымъ. Логическій анализъ самого Н. Н. Алексѣева открываетъ въ марксизмѣ гораздо больше коренныхъ различій съ этой соціальной

теоріей, чѣмъ сходствъ, подчеркивая историзмъ Маркса, который, намъ кажется, отнюдь не можетъ быть объясненъ опять-таки одной связью съ гегеліанствомъ. Ученіе экономическаго матеріализма о естественныхъ законахъ, находящееся, по справедливому замѣчанію автора, въ глубокомъ антагонизмѣ съ понятіемъ моральной свободы у Канта, связываетъ Маркса скорѣе съ классической экономіей Смитта и Рикардо, и только черезъ нихъ весьма посредственнымъ и косвеннымъ путемъ — съ соціальной механикой 17-го вѣка. Словомъ, логическій составъ экономическаго матеріализма еще сложнѣе и разнороднѣе, чѣмъ производитъ впечатлѣніе нѣсколько стилизованная его характеристика у Н. Н. Алексѣева.

Изложенныя замѣчанія, отмѣчающія преимущественно пробѣлы и отчасти условности сопоставленія, не должны, конечно, затушевывать сильныхъ и цѣнныхъ сторонъ книги Н. Н. Алексѣева. Мы видимъ у автора прежде всего серьезную работу надъ первоисточниками и совершенно продуманное къ нимъ отношеніе. Эрудиція его не только достаточно широка, но имѣетъ прочный фундаментъ зрѣлой философской и соціологической мысли. Нельзя не считаться при этомъ съ чрезвычайной обширностью и сложностью темы, выбирая которую авторъ, конечно, менѣе всего пошелъ по линіи наименьшаго сопротивленія. Разсмотрѣніе новой исторіи философіи подъ взятымъ у него угломъ зрѣнія есть нѣчто, несомнѣнно, новое въ русской философской литературѣ, а отчасти и въ иностранной, гдѣ мы встрѣчаемся только съ болѣе монографическими работами на эту тему. Нельзя также не отмѣтить выдающихся достоинствъ изложенія, особенно важныхъ при такомъ отвлеченномъ содержаніи — умѣнія автора быть сжатымъ, оставаясь понятнымъ. Съ выходомъ второй части, которая изслѣдуетъ роль органическихъ аналогій въ соціальныхъ теоріяхъ новаго времени, первая восполнится и ея цѣнность еще увеличится.

С. А. Котляревскій.

С. А. Котляревскій, Юридическія предпосылки русскихъ Основныхъ Законовъ. Москва 1912, 217 стр., цѣна 1 р. 25 к.

Эпиграфомъ къ темѣ, заинтересовавшей проф. С. А. Котляревскаго, можно было бы поставить motto, приведенное Вудро Вильсономъ въ его „Congressional Government“: „Нѣтъ болѣе

жизненной изъ всѣхъ когда-либо высказанныхъ истинъ, чѣмъ та, которая гласитъ, что свобода и свободныя учрежденія не могутъ быть долго сохраняемы такимъ народомъ, который не понимаетъ природы своего собственнаго правленія". Уже болѣе шести лѣтъ прошло съ момента опубликованія Основныхъ Законовъ, а, между тѣмъ, еще до сихъ поръ въ толщу народнаго правосознанія не проникло пониманіе правового характера нашей „Magna Charta libertatum". Правда, сомнѣнія встрѣчаются чаще всего въ широкихъ т. н. „обывательскихъ кругахъ", въ доктринѣ только проф. Самоквасовъ стоитъ на той точкѣ зрѣнія, что самодержавіе, какъ одинъ изъ важнѣйшихъ догматовъ православія, не могло быть ограничено даже властью абсолютнаго монарха, но все же ни для кого не тайна, что форма правленія въ Россіи допускаетъ самыя разнообразныя толкованія. Быть можетъ, однако, это разнообразіе толкованій не диктуется вовсе неопредѣленностью принциповъ, лежащихъ въ основѣ нашего государственнаго управленія, а вырастаетъ лишь на почвѣ политическихъ вожделѣній; быть можетъ, это противорѣченіе въ сужденіяхъ имѣетъ только локальный характеръ, безпристрастный же „сторонній" наблюдатель не встрѣчаетъ никакихъ сомнѣній въ истолкованіи истинной природы нашихъ Основныхъ Законовъ.

При ближайшемъ изслѣдованіи, однако, такое предположеніе оказывается ошибочнымъ. Въ самомъ дѣлѣ, обращаясь къ крайнимъ флангамъ европейскихъ изслѣдователей, мы найдемъ на одной сторонѣ Contuzzi, явно неправильно въ своемъ „Diritto constituzionale" утверждающаго, что въ Россіи конституція введена 6-го августа 1905 года [1]), а на другой—Hatscheck'a, въ своемъ краткомъ курсѣ доказывающаго, основываясь, главнымъ образомъ, на особомъ порядкѣ привлеченія депутатовъ къ уголовной отвѣтственности, тождественномъ съ порядкомъ привлеченія высшихъ должностныхъ лицъ, что Россія принадлежитъ къ государствамъ абсолютнымъ, хотя и обладаетъ народнымъ представительствомъ [2]). Таковы фланги, не нашедшіе себѣ сочувственнаго отклика въ доктринѣ и на Западѣ [3]). По западно-европей-

---

[1]) „Diritto constituzionale" p. 63—64.

[2]) „Allgemeines Staatsrecht" B. 1, s. 23, 53—54.

[3]) Спеціальныя монографіи Palme, „Die russiche Verfassung" s. 80—81 и Shasle „Le parlement russe" p. VII стоятъ на той точкѣ зрѣнія, что Россія принадлежитъ къ государствамъ конституціоннымъ съ момента созыва представительныхъ учрежденій.

ское общественное мнѣніе (подобно русскому) опять-таки не составило себя точнаго представленія о прававой сущности нашей формы правленія. Въ самомъ дѣлѣ достаточно привести мнѣнія двухъ весьма авторитетныхъ европейскихъ справочныхъ изданій: „Almanach de Gotha, и Statesman's Year-Book", дающихъ на страницахъ мѣсто только такимъ сужденіямъ, которыя уже выкристаллизовались въ общественномъ сознаніи и получили въ немъ безспорную оцѣнку, чтобы стала ясной та путаница понятій, съ которой и въ Западной Европѣ связано упоминаніе о нашей системѣ правленія.

„Almanach de Gotha" даетъ явно безсодержательное опредѣленіе нашего государственнаго строя: „monarchie constitutionnelle sous un tsar autocrate[1]). „Statesman's Year-Book" ежегодно повторяетъ слѣдующую квалификацію: „The government of Russia is a constitutional hereditary monarchy, but, in fact, the whole legislative, executive and judicial power is united in the Emperor whose will alone is law, and the Monarch continued to bear Autocrat[2])". Это послѣднее опредѣленіе пріобрѣтаетъ особенный интересъ, если сопоставить его съ описаніемъ тѣмъ же „Statesman's Year-Book-омъ" природы нашего государственнаго устройства въ 1905 и 1903 г.: „The government of Russia is a absolute hereditary monarchy. The whole legislative, executive and judicial is united in the Emperor, whose will alone is law"[3]).

Такимъ образомъ, по воззрѣнію авторитетнаго англійскаго изданія измѣнилась только „номенклатура" явленія, только одинъ ярлыкъ снятъ и замѣненъ другимъ, по существу же „конституціонный" монархъ попрежнему является единственнымъ источникомъ закона.

При такой шаткости воззрѣній какъ русскаго, такъ и европейскаго общественнаго мнѣнія на природу основныхъ законовъ 23 апрѣля 1906 г. вполнѣ понятна настойчивая потребность въ авторитетномъ ихъ освѣщеніи. Сама по себѣ прекрасная брошюра проф. Н. И. Паліенко, положившая основаніе изслѣдованію этого вопроса, не могла исчерпывающимъ образомъ справиться съ заданіемъ благодаря своей схематичности [4]). Проф. С. А. Котляревскій пошелъ далѣе по этому пути: освѣтивъ центръ во-

---

[1]) „Almanach de Gotha" 1912, p. 1067; 1911 p. 1084.

[2]) „Statesman's Year-Book" 1911 p. 1144, 1910 p. 1142, 1909 p. 1142, 1907 p. 1368.

[3]) Statesman's Year-Book" 1905 p. 1048, 1903 p. 994.

[5]) „Основные Законы и форма правленія въ Россіи".

проса, авторъ направился къ периферіи и показалъ, что, имѣя общія черты съ европейскими конституціями, Основные Законы и весьма существенно отъ нихъ отличаются.

Какой же точки зрѣнія на вопросъ о правовомъ характерѣ формы нашего правленія держится С. А. Котляревскій?

Со свойственной этому ученому осторожностью въ научныхъ выводахъ С. А. Котляревскій прежде всего „разграничиваетъ вопросъ о природѣ Основныхъ Законовъ 23 апрѣля 1906 года отъ вопроса о характерѣ нашего образа правленія". Въ отношеніи первыхъ С. А. Котляревскій въ согласіи съ communis opinio doctorum устанавливаетъ конституціонную ихъ природу. „То обстоятельство, что они не называются конституціонными, ни мало не мѣняетъ сущности дѣла, какъ его не мѣняетъ наименованіе италіанской конституціи 1848 года—статутомъ и австрійскихъ законовъ 1864 г.—Основными Законами". Въ противоположность этому рецензируемый авторъ устраняетъ съ поля своего изслѣдованія образъ правленія, какъ „понятіе, въ которомъ соединены юридическіе и фактическіе признаки; во всякомъ случаѣ, предполагается не только наличность извѣстныхъ официально установленныхъ нормъ, но и характеръ ихъ осуществленія (стр. 7).

Однако, даже разсматривая Основные Законы an und für sich, если такъ можно выразиться въ данномъ случаѣ, авторъ не могъ не замѣтить въ нихъ нѣкоторыхъ особенностей по сравненію съ европейскими конституціями, особенностей, всегда идущихъ въ одномъ направленіи и накладывающихъ особый отпечатокъ на нашу Magna Charta libertatum. Прежде всего авторъ справедливо придаетъ крупное принципіальное значеніе тому обстоятельству что „установленіе общихъ нормъ предоставляется русской Государственной Думѣ и Государственному Совѣту въ меньшемъ объемѣ, чѣмъ это обычно имѣетъ мѣсто при конституціонномъ строѣ относительно законодательныхъ органовъ". (с. 37). Авторъ имѣетъ въ виду военное законодательство по ст. 14 и 96, военно-судебное по ст. 97 и установленіе ограниченій для лицъ, находящихся на государственной службѣ, при чемъ изъ всѣхъ этихъ постановленій особый интересъ представляетъ отсутствіе „совершенно отчетливой грани" (ст. 29) между ст. 14 и ст. 70, по которой: „мужское населеніе безъ различія состояній подлежитъ воинской повинности согласно постановленіямъ закона".

Другая важная differentia specifica, непосредственно вытекающая изъ предшествующаго утвержденія, замѣчается въ созданіи у насъ расширенной среды верховнаго управленія. „Рядъ госу-

дарственныхъ актовъ, которые, не будучи матеріально законами, согласно типичному конституціонному праву, требуютъ законодательной формы, въ Россіи совершаются единолично". Сюда принадлежитъ заключеніе международныхъ договоровъ, амнистія, введеніе исключительныхъ положеній. По поводу послѣдняго обстоятельства, являющагося едва ли не центральнымъ при актуальныхъ условіяхъ стержнемъ нашей государственности, нельзя не выразить сожалѣнія, что такой вдумчивый писатель, какъ С. А. Котляревскій, совершенно обошелъ молчаніемъ вопросъ о томъ, можетъ ли положеніе 14 августа 1881 года, опредѣлявшее матеріальныя нормы исключительныхъ положеній и не продленное въ настоящее время въ законодательномъ порядкѣ, считаться дѣйствующимъ закономъ.

Продолженіемъ ограниченій законодательной власти по экстенсивности является стѣсненіе ея по интенсивности: трудность пересмотра Основныхъ Законовъ и стѣсненность думской инціативы даже при обычномъ законодательствѣ. Анализъ бюджетныхъ полномочій Государственной Думы, принадлежащаго ей права запросовъ, отсутствіе тѣни какой бы то ни было отвѣтственности министровъ передъ парламентомъ, заключенное въ необычно тѣсныя рамки пониманіе иммунитета депутатовъ все приводитъ автора къ тому же выводу о сознательномъ умаленіи роли и значенія представительныхъ учрежденій.

Переходя къ характеристикѣ природы Верховной власти въ Россіи, С. А. Котляревскій останавливается на успѣвшемъ уже угаснуть со времени извѣстной полемики между Коркуновымъ и Градовскимъ и вновь разгорѣться за послѣднее время вопросѣ о значеніи терминовъ „самодержавный" и „неограниченный" въ нашемъ до-конституціонномъ правѣ. Вполнѣ соглашаясь съ авторомъ въ его утвержденіи объ отсутствіи отличительныхъ чертъ, позволяющихъ провести точную грань между этими двумя терминами, мы все-таки считаемъ необходимымъ замѣтить, что соображенія проф. Паліенко, направленныя противъ сравнительнаго истолкованія ст. 1 и 2 старыхъ Основныхъ Законовъ въ благопріятномъ для С. А. Котляревскаго смыслѣ[1]), совершенно неза-

---

[1]) Какъ извѣстно ст. I. опредѣляетъ власть Императора, какъ самодержавную и неограниченную, ст. же 2 Осн. Зак., отмежевывая тотъ же объемъ власти Императрицѣ, когда наслѣдство престола, въ порядкѣ для сего установленномъ, дойдетъ до лица женскаго опредѣляетъ ее, какъ „Верховную и Самодержавную"—См. Н. И. Паліенко „Основные Законы и форма правленія въ Россіи" 1910, стр. 27.

тронуты авторомъ. Въ современномъ государственномъ правѣ Россіи рецензируемый авторъ отказывается видѣть въ титулѣ „Самодержецъ“, выраженіе внѣшняго суверенитета монарха, могущаго, если даже откинуть убѣдительныя историческія соображенія, принадлежать только государству, а не Государю. Не соглашается авторъ ни съ Н. И. Лазаревскимъ, придающимъ этому титулу только риторическій характеръ, ни съ Н. И. Паліенко, утверждающимъ что русскіе Основные Законы, воспринявъ нѣмецкую доктрину начала XIX вѣка, различаютъ принадлежность права—полноту власти (quo ad jus), нераздѣльно принадлежащую монарху, отъ его осуществленія (quo ad exercicium), въ которомъ послѣдній ограниченъ соучастіемъ народнаго представительства. Замѣчая совершенно справедливо, какъ намъ кажется, что „признаніе за конституціоннымъ монархомъ полноты власти quo ad jus отбрасываетъ насъ въ строй понятій патримоніальнаго государства“ (ст. 192), проф. С. А. Котляревскій конструируетъ „самодержавіе“ современнаго государственнаго строя, какъ власть, которая, „служитъ источникомъ для всякой другой власти въ государствѣ“ (ст. 155) и сообщаетъ монарху „высшій учредительный авторитетъ“ (ст. 156).

Это опредѣленіе, къ сожалѣнію, не развито болѣе подробно авторомъ и потому является мало убѣдительнымъ. Казалось бы, что оно заслуживаетъ большаго вниманія, чѣмъ то, которое удѣлено ему авторомъ книги.

Къ такимъ выводамъ пришелъ авторитетный изслѣдователь въ своей попыткѣ „вскрыть юридическія предпосылки главнаго памятника“ русскаго конституціоннаго права. Даже не въ конституціонализмѣ прусско-австрійскаго типа слѣдуетъ искать источникъ заимствованій творцовъ нашихъ Основныхъ Законовъ,—ранній нѣмецкій конституціонализмъ, какъ онъ выражается въ періодъ послѣ 1815 года, вотъ настоящій источникъ ихъ вдохновенія.

Каковы же возможныя линіи развитія нашего государственнаго строя въ будущемъ, диктуемыя не только юридической ломкой, но и политической необходимостью? Отказываясь отъ неблагодарной роли пророка въ своемъ отечествѣ, С. А. Котляревскій намѣчаетъ только тѣ противорѣчія и отступленія въ нашихъ Основныхъ Законахъ отъ юридическихъ цѣлостныхъ принциповъ, которыя съ теченіемъ времени неизбѣжно должны быть устранены и, несомнѣнно, будутъ устранены. Такъ, напримѣръ, вѣдомственный характеръ, присущій по Основнымъ Законамъ 23 апрѣля 1906 года народному представительству, „нахо-

дится въ очевидномъ противорѣчіи съ самыми хотя бы ограниченными, но окончательно и безповоротно переданными ему правами". Развитіе ésprit de corps, естественно вырастающее вокругъ самостоятельнаго учрежденія особое автономное право обезпечиваютъ представительнымъ учрежденіямъ нѣкоторое расширеніе ихъ компетенціи.

Указъ уже отграниченъ непереходимой чертой отъ закона, будущее развитіе должно быть направлено въ сторону большаго соотвѣтствія указовъ съ законами.

Политическая отвѣтственность министерства диктуется необходимостью извѣстной степени солидарности между парламентомъ и правительствомъ. Наконецъ, Основные Законы, воплотившіе манифестъ 17 октября, подвергнутся „овеществленію", превратятся „въ часть объективнаго правового порядка, стоящаго надъ индивидуальной волей монарха и измѣняемаго, по общему и безспорному признанію, лишь путемъ, который въ этомъ порядкѣ установленъ" (ст. 215). Замѣтимъ вскользь, что наступленіе одной изъ этихъ возможностей—политической отвѣтственности министровъ передъ парламентомъ—облегчается по какимъ-то необъяснимымъ причинамъ попавшимъ въ Основные законы постановленіемъ, допускающимъ совмѣстительство званій министра и члена Государственной Думы. Но не слѣдуетъ все же преувеличивать значенія этого послѣдняго обстоятельства: Act of settlement 1700 года запрещалъ въ Англіи подобное совмѣстительство, но это не помѣшало ей сдѣлаться колыбелью парламентскаго образа правленія; наоборотъ, конституція Соединенныхъ Штатовъ не содержитъ постановленій, запрещающихъ министрамъ *присутствовать* на засѣданіяхъ конгресса, и, тѣмъ не менѣе, еще со времени Гамильтона отсутствіе правительства сдѣлалось неписаннымъ и непререкаемымъ правиломъ.

Подведемъ итоги. Достоинства проф. С. А. Котляревскаго, какъ выдающагося изслѣдователя современнаго конституціоннаго права, настолько общепризнанны, что не нуждаются въ новомъ ихъ подчеркиваніи. Научная позиція С. А. Котляревскаго, вполнѣ выяснившаяся въ прежнихъ трудахъ автора[1]), создала ему многочисленныхъ друзей и противниковъ (послѣднихъ меньше, чѣмъ первыхъ). Эти друзья ставятъ проф. С. А. Котляревскому въ заслугу, а противники въ вину—отсутствіе въ его трудахъ край-

---

[1]) Мы не имѣемъ здѣсь въ виду стоящей особнякомъ книги автора „Конституціонное государство".

няго формализма нѣмецкой юридической школы, стремленіе и способность за мертвыми буквами законодательныхъ памятниковъ почувствовать неровное пульсированіе жизни.

Наука должна, по завѣту Спинозы, приведенному у автора книги, не плакать, не смѣяться, не негодовать, а только понимать. С. А. Котляревскій успѣшно слѣдуетъ этому завѣту, въ то же время живо откликаясь на запросы современности.

Б. Е. Шацкій.

Г. Г. Тельбергъ. Очерки политическаго суда и политическихъ преступленій въ Московскомъ государствѣ XVII в. Москва, 1912.

Тему для своей диссертаціи г. Тельбергъ выбралъ довольно удачно, такъ какъ, если не считать книги Урысона „Das Verbrechen des Hochverrats im russischen Strafrecht“, Breslau, 1906, до сихъ поръ не было у насъ книги, спеціально посвященной политич. суду и политич. преступленіямъ въ Московскомъ государствѣ, какъ проблемѣ въ такой же степени права госуд., какъ и права уголовнаго, несмотря на всю злободневность этой темы. Только напрасно г. Тельбергъ нигдѣ въ своей книгѣ не оговаривается, что всѣ же его работа для спеціалистовъ ничего почти новаго не даетъ, такъ какъ еще раньше главы II—V ея по клочкамъ были напечатаны въ „Ж. М. Ю.“, „Юр. Зап.“ и „Вопр. Пр.“.

Довольно начитанъ авторъ и въ литературѣ предмета, при чемъ ему извѣстны по темѣ его работы даже такія сочиненія по исторіи русскаго процесса, которыя не попали въ библіографическіе указаніи Загоскина 1891 г. и Леонтовича 1902 г.,—именно, статьи изъ „Юрид. Вѣсти.“ и „Отечеств. записокъ“, что, впрочемъ, не исключаетъ незнакомства г. Тельберга съ нѣкоторыми сочиненіями по темѣ его книги. Такъ, напр., оставляя въ сторонѣ наши работы по московскому процессу, мы не нашли у г. Тельберга ссылокъ на слѣдующіе труды: Работы о сыскномъ приказѣ и розыскной экспедиціи, помѣщенныя въ книгахъ II (Спб., 1872) и IV (Москва, 1884) „Оп. д. и б. М. Архива М-ва Юстиціи“.— Алексѣевъ. Борьба за идею законности въ Московской Руси.— Латкинъ. Лекціи по внѣшней исторіи русскаго права. Спб. 1890.— Гурляндъ. Приказъ сыскныхъ дѣлъ (въ Сборникѣ, посв. Вл.-Бу-

данову, Кіевъ, 1904). И это незнакомство съ литературой кое-гдѣ невыгодно отражается на трудѣ г. Тельберга. Такъ, напр., на стр. 232-й г. Тельбергъ отождествляетъ приговоръ въ окончательной формѣ съ госуд. грамотой воеводѣ, тогда какъ на самомъ дѣлѣ это два отдѣльные момента процесса (Сторожевъ. Матеріалы для исторіи рус. дворянства. М., 1909, стр. 53, въ приложеніяхъ). На стр. 296-й осталась неизвѣстной г. Тельбергу формула „бояре поговорили" (С. Ѳ. Платоновъ, Спб., 1911, стр. 302). На стр. же 306-й того же сборника, вопреки стр. 313-й (ср. также Вернера. О времени и причинахъ образованія московскихъ приказовъ, М. 1907—1908) Тельберга ясно показано и доказано, что „неправильно говорить, что разрядъ и нѣкоторые другіе приказы были канцеляріями думы. Правильнѣе сказать, что надъ приказами была только одна власть, власть государя, и что у государя было столько канцелярій, сколько было приказовъ".

Изъ печатныхъ источниковъ, конечно, важнѣе всего для г. Тельберга было Уложеніе 157 г., которымъ онъ пользовался въ изданіи ист.-фил. фак. моск. ун-та, очень тщательномъ и добросовѣстномъ, какъ это выяснилось изъ сличенія его г. Тельбергомъ съ архивнымъ подлинникомъ Уложенія (VI). Но еще важнѣе приказная практика для познанія права Московскаго государства въ виду господства въ немъ обычая надъ закономъ и, какъ слѣдствіе этого, рѣзкой скудости общихъ нормъ и недостатка законодательныхъ постановленій, при чемъ отсутствіе общихъ нормъ по политическимъ дѣламъ кромѣ того объясняется еще тѣмъ, что всякая норма разсматривалась тогда какъ лишнее стѣсненіе верховной власти въ опредѣленіи судебныхъ функцій (37). Вѣдь эта практика раскрываетъ смыслъ вкладываемый въ статьи закона московскими приказными дѣльцами, пріемы толкованія законовъ, практиковавшіеся ими, уклоненія ихъ отъ истиннаго смысла законовъ и причины, вызывавшія такое уклоненіе (319, 232), а также, добавимъ, эта практика вскрываетъ предъ нами нормы обычнаго права, примѣнявшіяся въ приказахъ при отсутствіи законодательныхъ нормъ, а при столкновеніе тѣхъ и другихъ превалирующее значеніе первыхъ надъ вторыми. И въ этомъ отношеніи, во-первыхъ, очень важными для г. Тельберга оказались собранные г. Новомбергскимъ матеріалы „Слово и дѣло", М., 1911 [1]), хотя эти мате-

[1]) Кстати pro domo sua. Вопреки показаніямъ г. Новомбергскаго на стр. 2-й этой книги въ изданіяхъ Моск. Архива М-ва Юстиціи при Самоквасовѣ мы не участвовали и *отвѣтственности* за помѣщенное тамъ подъ нашимъ именемъ безъ нашего вѣдома на себя не беремъ (*М*).

ріалы и касаются главнымъ образомъ только дѣлъ о непристойныхъ словахъ; къ тому же отсутствіе указателей страшно затрудняетъ знакомство съ ними. Не мало, во-вторыхъ, и самъ г. Тельбергъ поработалъ надъ разрядными столбцами Моск. Архива М-ва Юстиціи, особенно надъ измѣнными дѣлами въ нихъ, какъ надъ важнѣйшей и наиболѣе серьезной группой въ практикѣ московскихъ политическихъ дѣлъ. Только, къ сожалѣнію, то, въ чемъ г. Тельбергъ на стр. VII видитъ свою главную заслугу, именно, отсутствіе у него выписокъ изъ документовъ даже архивныхъ (не проведенное, однако, г. Тельбергомъ до конца, см. напр., у него стр. 304-ю) лишаетъ читателя возможности провѣрить выводы автора, не говоря уже о такихъ случаяхъ небрежнаго отношенія г. Тельберга къ читателю, когда онъ забываетъ, напр., отмѣтить даже столъ разряда, номеръ столбца и листъ дѣла, на который онъ ссылается (стр. 66 и 321), или годъ цитируемыхъ имъ „чтеній“ (327). Да и вообще подстрочныя примѣчанія авторъ помѣщаетъ не подъ строкой, какъ это общепринято, а либо въ текстѣ, если примѣчаніе коротко, либо въ концѣ книги, если примѣчаніе длинно, что тоже затрудняетъ знакомство съ критическимъ аппаратомъ г. Тельберга. И все это тогда, когда выводы г. Тельберга требуютъ особенно внимательнаго и осторожнаго отношенія къ себѣ, такъ какъ у него не выводы слѣдуютъ изъ фактовъ, а факты подогнаны къ основной предвзятой идеѣ автора объ особности политическаго суда въ Московскомъ государствѣ, при чемъ для доказательства этой идеи г. Тельбергъ не останавливается, какъ увидимъ ниже, и предъ смѣшеніемъ политической точки зрѣнія съ юридической, хотя тамъ, гдѣ эта идея не владѣетъ г. Тельбергомъ, у него вообще юридическій анализъ правовыхъ институтовъ (особенно въ области матеріальнаго права), удовлетворителенъ.

И эту особность политич. процесса г. Тельбергъ видитъ прежде всего въ томъ, что будто бы извѣтъ, какъ первая необходимая стадія процесса, извѣстенъ только политич. суду (116), какъ характерная и исключительная черта его (119), при чемъ принимались плохо обоснованные и затѣйные извѣты даже отъ тюремныхъ сидѣльцевъ истомившихся долгимъ заключеніемъ. Да и вообще въ извѣстной челобитной доказательствъ не требовалось (137) въ виду важности политическихъ дѣлъ для интересовъ господствующихъ классовъ, каковой, кстати, объясняется и тягота опасности политическаго процесса, висящія надъ извѣтчикомъ наравнѣ съ обвиняемымъ, и длительное сидѣніе его за крѣпкими сторожи, и суровая отвѣтственность, и наказаніе извѣт-

чика при ложномъ извѣтѣ и награды за извѣтъ (изъ животовъ оговореннаго!), висящія у г. Тельберга въ воздухѣ (148 и 150), при чемъ особенно характерна наказуемость бездоказательныхъ извѣтовъ людей и крестьянъ на своихъ господъ и для смуты на многихъ людей (159). Но, во-первыхъ, на стр. 326-й самъ же г. Тельбергъ приводитъ случай извѣта, какъ начала розыскного процесса (Ул. 157 г., XXI, 48), обобщенный указомъ 4 апрѣля 1659 года (П. П. С. З., 1510), не говоря уже о томъ, что „языкъ“ вѣдь тотъ же въ сущности извѣтчикъ, тоже вѣдь очень часто бывающій тюремнымъ сидѣльцемъ вопреки мнѣнію г. Тельберга, забывающаго на стр. 197-й свои слова со стр. 150-й по этому вопросу. Съ другой стороны возможно и въ политич. процессѣ начало дѣла не по извѣту, а по челобитной, напр., воеводы (Ул. 157 г., II, 22), не говоря уже о томъ, что и извѣтъ-то облекался всегда въ форму извѣстной *челобитной* (136), особенности содержанія которой и порядка принятія ея не настолько велики, чтобъ отличать извѣтъ отъ челобитья (137), какъ исключающія другъ друга понятія. Вѣдь нельзя же въ XVII в. переносить понятія XX в. о процессѣ. Во-вторыхъ, на стр. 131-й г. Тельбергъ самъ говоритъ, что извѣтъ, какъ обязанность, подкрѣпляемая страхомъ суроваго наказанія, замыкается кругомъ только трехъ тягчайшихъ политич. преступленій: измѣны, скопа и заговора и умысла на государево здоровье. Извѣстны и примѣры безъ извѣтнаго возникновенія политич. дѣлъ. Такъ, наприм., побѣгъ за границу. дезертирство и сношеніе съ непріятелемъ (Рожковъ. Происхожденіе самодержавія въ Россіи, М., 1906, стр. 139), а также прописка государева имени (Тельбергъ, 117 и 323) могли обнаружиться и помимо извѣта. Повальный обыскъ тоже одинаково служитъ доказательствомъ и въ политическихъ, и въ разбойно-татебныхъ дѣлахъ (120). На отсутствіи же законодат. опредѣленій объ извѣтѣ по дѣламъ религіознымъ и общеуголовнымъ (131) можно ли строить какіе-либо выводы при субсидіарномъ отношеніи закона къ обычаю въ Московскомъ государствѣ безъ провѣрки ихъ приказной практикой, чего, однако, г. Тельбергъ не дѣлаетъ?

Также и разница сыска политическаго отъ сыска уголовнаго и пріемовъ того и другого (178; особенно пытки, 208) вопреки мнѣнію г. Тельберга (173) скорѣе количественная, чѣмъ качественная, больше политическая, чѣмъ юридическая. Домогательство признанія вѣдь общая черта того и другого розыска, „Вѣдомыми“ были также не только лихіе люди, но и измѣнники, хотя бы и въ зародышѣ лишь (175). Ничтожность про-

цессуальнаго значенія тайности политическаго сыска (компенсируемый притомъ „сказываніемъ“ приговора, 235) признается и г. Тельбергомъ (176). Спѣшность въ сыскѣ (да и въ другихъ стадіяхъ дѣла) по нѣкоторымъ политич. дѣламъ — политическоклассовой мотивъ тоже, а не юридическій (178). Средства сыска политическаго тоже обычныя уголовныя, а потому и не распространяется объ нихъ Улож. 157 г. Отличіе разспроса у пытки (181) и очной ставки у пытки (193) отъ пытки, проводимое г. Тельбергомъ—Begriffsjurisprudenz, споръ о словахъ, и только. И никакого тутъ юридич. отличія политич. сыска отъ уголовнаго не найти. Вопреки г. Тельбергу (197), не видимъ мы и разницы между очной ставкой общеуголовной и политической, если не считать, конечно, повторяемъ, политической стороны дѣла. Повальный обыскъ, если въ госуд. дѣлахъ и не получилъ особаго распространенія (кромѣ скопа—заговора и мятежа, примѣненіе къ которымъ повальнаго обыска даже легализировано Уложеніемъ 157 г., 211), то вѣдь въ XVII в. онъ вообще падаетъ, какъ способъ доказательства (209) съ превращеніемъ обыскныхъ людей въ простыхъ свидѣтелей (214). А процедура повальнаго обыска (214), какъ и пытки (207), съ юрид. стороны одинакова и для уголовнаго и для политическаго суда. Поличное въ общемъ смыслѣ, какъ вещественное доказательство, фигурируетъ и въ государств. дѣлахъ (216). Разница здѣсь между уголовнымъ и политическимъ процессомъ опять лишь политическая, а не юридическая (217). Тоже можно сказать и о мѣрахъ пресѣченія въ розыскѣ (218—230) и относительно приговора и наказанія. Даже къ „сказыванію“ приговора г. Тельбергъ самъ же находитъ аналогію въ „выдачѣ головой“ (236). Отъ особности политическаго суда отъ уголовнаго въ области карательныхъ мѣръ самъ г. Тельбергъ отказывается на стр. 254-й. Если же на стр. 264-й г. Тельбергъ вопреки этому особенностью политическаго процесса считаетъ общую конфискацію, или „великое разореніе“, то напрасно онъ не потрудился сравнить его съ древнерусскимъ „потокомъ и разграбленіемъ“. Вѣдь это въ сущности одно и то же, а потокъ и разграбленіе примѣнялись не только къ политич. преступленіямъ, но и къ конокрадству и поджогу (Рус. Пр. Кар. сп., 31, 97) и даже къ статьѣ при несостоятельности. Такъ въ чемъ же тутъ разница уголов. и политич. процесса?

Главный порокъ труда г. Тельберга и состоитъ въ томъ, что авторъ, не взглянувъ пристальнѣе на домосковскій процессъ, лишь мимоходомъ на стр. 23—24 (да еще на стр. 194-й по поводу очной ставки), чрезмѣрно и голословно идеализировалъ

его, какъ происходящій въ строгомъ согласіи съ народнымъ обычаемъ и подъ бдительнымъ контролемъ общественнаго мнѣнія, тогда какъ и вообще то онъ былъ узкоклассовымъ княжеско-дружиннымъ (кстати, напрасно г. Тельбергъ только временами и случайно касается классоваго характера древнерусской политич. расправы, тогда какъ въ немъ ключъ къ ея особенностямъ) и черезмѣрно суровымъ, произвольнымъ и несправедливымъ, на что постоянно слышатся жалобы въ нашихъ лѣтописяхъ. Въ частности же въ тѣхъ же лѣтописяхъ содержится не мало данныхъ и о классовой (родовой и групповой) расправѣ правящихъ классовъ съ великими князьями во главѣ надъ политич. ихъ противниками и, такимъ образомъ, въ такихъ же расправахъ Грознаго нѣтъ вопреки г. Тельбергу, ничего ненормальнаго, чрезвычайнаго, что не практиковалось бы и его предшественниками.

Тамъ, въ домосковской старинѣ г. Тельбергъ, увидѣлъ бы, что тогда понятія о государствѣ, какъ объ истцѣ, еще не существовало, а потому и отсутствовало различіе между гражд. и уголовнымъ, слѣдственнымъ и обвинительнымъ процессомъ. Отсюда же вытекаетъ и наблюдающееся въ домосковской старинѣ широкое и необходимое участіе населенія въ судѣ (съ общинной и родовой порукой другъ за друга и отвѣтственностью къ тому же), переходящее затѣмъ и въ Московское государство (повальный обыскъ, извѣтъ). Тамъ же въ послѣднемъ до Судебниковъ всякій судъ продолжалъ быть обвинительнымъ, и лишь съ образованіемъ губныхъ учрежденій изъ общей нормы и первоначально лишь для разбоя, убійства и татьбы съ поличнымъ выдѣляется особый слѣдственный губный процессъ, начала котораго скоро соблазняютъ власть своей упрощенностью сравнительно съ сложнымъ обрядомъ суда, дѣлавшей возможной суровую и быструю расправу со своими противниками, каковая особенно сказывается въ спѣшности исполненія приговоровъ по политич. дѣламъ. Это однако не исключаетъ, какъ мы уже говорили, и примѣненія къ политич. дѣламъ кое-какихъ началъ состязательнаго процесса. Послѣ уложенія 157 г. слѣдственныя начала проникаютъ и въ судъ, пока при Петрѣ, наконецъ, всякій процессъ опять не дѣлается единымъ, только на этотъ разъ не обвинительнымъ, а слѣдственнымъ, розыскнымъ. Такимъ образомъ, „розыскъ“ и „судъ“ — вовсе не исключающія другъ друга понятія, какъ это думаетъ г. Тельбергъ, а потому формы состязательнаго процесса (участіе извѣтчика и очная ставка его съ обвиняемымъ, свидѣтели) въ политич. судѣ (148, 189) вовсе не могутъ служить доказательствомъ его особности, тѣмъ болѣе, что по московскому

праву границы между судомъ и розыскомъ не совпадаютъ даже и съ границами гражд. и угол. судопроизводства: дѣла крѣпостныя рѣшаются розыскомъ, а о боѣ и грабежѣ—судомъ. Въ виду всего этого, если бы даже и удалось г. Тельбергу „установить детальнымъ, подчасъ мелочно-кропотливымъ сопоставленіемъ судопроизводства по госуд. дѣламъ съ прочно установившимися нормами разбойно-татебнаго процесса существенное между ними различіе“ и особыя своеобразныя формы для политич. суда, доказавъ, что характерными чертами политич. процесса въ отличіе отъ разбойнотатебнаго являются извѣтъ, какъ порядокъ частнаго обвиненія, состязательная очная ставка, розыскъ съ щедрымъ примѣненіемъ пытки, разспросъ съ угрозами пыточныхъ истязаній, свидѣтели, какъ заурядные участники процесса съ рѣшающимъ иногда значеніемъ, и крайнее умаленіе значенія повальнаго обыска,—а этого, какъ мы видимъ, доказать г. Тельбергу не удалось,—то вѣдь такое смѣшеніе суда и розыска въ политич. дѣлахъ и участіе въ нихъ частныхъ лицъ никоимъ образомъ не можетъ служить поводомъ къ выдѣленію политич. суда въ особую третью форму процесса.

Оставленъ безъ разсмотрѣнія г. Тельбергомъ и оригинальный взглядъ г. Новомбергскаго на слово и дѣло не какъ на орудіе правоваго политич. сыска, а какъ на своеобразное обезпеченіе законности внутренняго управленія и даже самую важную гарантію для личности („Слово и Дѣло“, т. II, Томскъ, 1909, стр. I). А вѣдь взглядъ г. Новомбергскаго идетъ въ разрѣзъ съ построеніями г. Тельберга, равно какъ и выводъ извѣта изъ древней родовой и групповой отвѣтственности за своихъ членовъ, которой еще лучше обосновывается необходимость извѣта и которая тоже г. Тельбергомъ оставлена безъ разсмотрѣнія. Этой же групповой и родовой отвѣтственностью за своихъ членовъ, о которой г. Тельбергъ говоритъ лишь вскользь кое-гдѣ, какъ о частномъ и побочномъ для дѣла обстоятельствѣ (127, 128, 134, 140, 166, 334), иногда и невѣрно толкуя и освѣщая ее (131), когда въ ней ключъ къ рѣшенію, напр., вопроса объ извѣтѣ, объясняются и случаи дозволеннаго и регламентированнаго закономъ самоуправства частныхъ лицъ по политич. дѣламъ, висящіе у г. Тельберга въ воздухѣ (97, 49). Политическія же и культурныя условія допетровской Россіи (116), въ частности слабость полицейско-розыскной организаціи въ то время (116),—не причина возникновенія института извѣта, а лишь питательная почва для него. А крестоцѣловальныя записи (тоже, кстати, вытекающія изъ родовой и групповой отвѣтственности) лишь привходящее обстоятельство,

содѣйствовавшее переходу извѣта изъ частноправовой области въ публичноправовую съ уголовной санкціей (123). Съ этой-то точки зрѣнія особенно неудовлетворителенъ у г. Тельберга генезисъ института индивидуальной отвѣтственности въ Московской Руси. Такъ, юридическое обоснованіе родовыхъ и семейныхъ расправъ Грознаго съ своими противниками г. Тельбергъ видитъ лишь въ народномъ плебесцитѣ sui generis, уполномочившемъ Грознаго на такія расправы, да въ нормахъ крестоцѣловальныхъ записей (240), тогда какъ на самомъ дѣлѣ и послѣднія и расправы Грознаго ведутъ свое начало отъ древней групповой и родовой отвѣтственности за своихъ членовъ. И принципъ индивидуальной отвѣтственности, такимъ, образомъ вопреки г. Тельбергу, не древнерусскій правовой институтъ легализируемый лишь записью Шуйскаго и Уложеніемъ 157 г., а только смѣлое новшество послѣдняго, притомъ чисто формальное (250), шедшее въ разрѣзъ и съ обычнымъ правомъ и съ классовыми интересами правящей олигархіи XVII в, а потому трудно выполнимое и часто нарушаемое на практикѣ (247). Взять хотя бы дѣло Шеина и случаи ссылки семей осужденныхъ преступниковъ вмѣстѣ съ ними и расправы съ этими семьями, сплошь и рядомъ наблюдаемыя на практикѣ, въ которыхъ плохо разбирается г. Тельбергъ на стр. 248—249. И, если даже въ карательныхъ экспедиціяхъ позднѣйшаго времени еще твердо и незыблемо стоитъ принципъ групповой и родовой отвѣтственности, то мы не видимъ, почему XVII вѣку въ этомъ отношеніи стоять выше. Привлеченіемъ же къ дѣлу особенностей инородческихъ окраинъ г. Тельбергъ лишь затемняетъ вопросы (124).

Затѣмъ, какъ это извѣстно и г. Тельбергу, къ XVII в. въ связи съ общей тенденціей, наблюдаемой въ судѣ и управленіи этой эпохи облегченія верховной власти и высшихъ учрежденій отъ множества мелкихъ дѣлъ, ранѣе постоянно восходившихъ до нея, уже постепенно сложилась въ Москвѣ система трехъ инстанцій: судьи провинціальные, приказы и боярская дума, опять-таки, къ слову сказать, черезмѣрно идеализируемая г. Тельбергомъ (съ доведеніемъ до карикатурности и абсурда оптимистическихъ взглядовъ на нее г. Платонова) на стр. 22-й, какъ плодотворная хранительница судебныхъ формъ и блюстительница принциповъ истиннаго суда отъ „княжескаго“ (царскаго?) произвола и гнѣва, тогда какъ она была на дѣлѣ классовымъ судилищемъ и вдобавокъ очень несамостоятельнымъ и зависимымъ отъ верховной власти. Въ государственныхъ преступленіяхъ, положимъ, верховная власть слишкомъ была лично заинтере-

сована, чтобъ предоставить въ этомъ отношеніи большой просторъ и самостоятельность органамъ подчиненнаго управленія. И въ этомъ отношеніи совершенно правъ г. Тельбергъ, говоря, что „изслѣдованіемъ практики госуд. дѣлъ подтвердилась мысль о постоянномъ и заурядномъ участіи органовъ верховной власти въ производствѣ политич. суда". Но и тутъ, однако, самая многочисленность дѣлъ, возникавшихъ изъ „слова и дѣла", вынуждала уже въ 40-хъ гг. XVII в. верховную власть удерживать за собой только право произнесенія приговора (293), и притомъ съ постепеннымъ устраненіемъ отъ этого дѣла даже боярской думы (304), предоставляя производство слѣдствія (307) центральнымъ подчиненнымъ органамъ, приказамъ, но въ то же время и приказы могли самостоятельно рѣшать нѣкоторыя политич. дѣла. (Рожковъ Op. cit. стр. 141). И показаній Рожкова (при этомъ не съ этой важнѣйшей для провѣрки выводовъ Тельберга стр., а со стр. 210-й, говорящей о томъ же лишь вообще) г. Тельбергу не удалось отвести на стр. 340-й, такъ какъ въ концѣ полемики съ г. Рожковымъ и г. Тельбергъ долженъ былъ признаться, что подъ глухой помѣткой „велѣть послать г-ву грамоту" могло скрываться и самостоятельное рѣшеніе приказа (вопреки стр. 137-й). Воевода тоже, даже и по мнѣнію г. Тельберга (139), былъ нетолько главнымъ органомъ по принятію политич. извѣтовъ и вообще, за нѣкоторыми ограниченіями (280), по сыску по госуд. дѣламъ и исполнителемъ приговоровъ, постановленныхъ въ Москвѣ (278), но даже, въ зависимости отъ мѣстныхъ условій, иногда и органомъ, постановляющимъ рѣшеніе (291). Все тутъ, такимъ образомъ, было вопросомъ политики, а не права. Да и вообще не только для XVI в., въ которомъ г. Тельбергъ самъ видитъ лишь безудержную политич. расправу, въ конецъ отрицающую всякую видимость суда и судебныхъ формъ (16 и 19), но и для XVII в. г. Тельбергъ на стр. 314 долженъ признать въ московскомъ розыскѣ по политич. дѣламъ хрупкость его обычаевъ и нормъ, колеблемыхъ властнымъ вмѣшательствомъ верховной власти. На стр. же 32-й Улож. 157 г., II, 12, г. Тельбергъ самъ видитъ воскресеніе произвольной расправы по политич. дѣламъ XVI в., напрасно только считая эту статью исключеніемъ, тогда какъ въ ней содержится лейтъ-мотивъ политич. процесса XVII в. (см. также у Тельберга стр. 328, 260, 178, 205, 217 и т. д.). Но, если это такъ, то можно ли согласиться съ г. Тельбергомъ, что въ XVII в. въ Москвѣ политич. дѣла вѣдаетъ „обычное и старинное коллегіальное учрежденіе съ привычками судебныхъ формъ и слѣдами исторической независимости" (ibid)?

Вѣдь если даже въ болѣе позднее время мы видимъ въ политич. дѣлахъ проявленіе мести надъ побѣжденнымъ противникомъ, то могло ли быть иначе въ откровенно суровомъ XVII в.? И о какихъ еще традиціяхъ законности и сдерживающемъ вліяніи всей суммы общественно-культурныхъ вліяній, заставляющихъ относительно политич. преступленій держаться хотя бы видимости судебныхъ формъ (2) для XVII в., мы можемъ говорить, когда ихъ не оказалось въ наличности и позже.

Наиболѣе же неудачнымъ у г. Тельберга вышелъ анализъ ограничительныхъ записей смутнаго времени, которымъ г. Тельбергъ думалъ вскрыть тѣснѣйшую связь исторіи политич. суда съ исторіей верховной власти и политич. движенія. По Тельбергу вѣдь эти записи не уступаютъ широтой и безсословностью своихъ опредѣленій даже древнему англійскому образцу (23) и выражаютъ собой „здравую правовую идею, вскормленную народнымъ правосознаніемъ, что личный царскій судъ и судъ политич. въ особенности долженъ совершаться въ видѣ истинно праведнаго суда съ соблюденіемъ всѣхъ выработанныхъ вѣковой практикой судебныхъ гарантій и формъ“ (23), пронесенную народомъ вплоть до Улож. 157 г., которое и претворило правовыя требованія этихъ записей въ положительный законъ (27). Не знаешь, чему здѣсь больше удивляться,—фантазіи ли г. Тельберга, разыгравшейся до того, что онъ считаетъ реальностью XVII в. недостижимую пока еще мечту XX в., или же его незнакомству съ московскимъ правомъ и исторіей. Вѣдь эти записи есть лишь результатъ какъ бы перепуга за свою личную и имущественную безопасность боярства, разгромленнаго и политически Грознымъ, послѣ того, какъ еще до него оно потеряло свое экономическое преобладаніе въ государствѣ, а потому самому онѣ и были мертворожденными, такъ какъ за боярствомъ не было ни политической ни экономической силы въ государствѣ, а съ общенароднымъ свое дѣло, какъ и въ XVIII в., оно связать не умѣло и не хотѣло, вопреки мнѣнію г. Тельберга (318; поддержка торговымъ классомъ при Шуйскомъ, какъ случайная и мимолетная, въ счетъ нейдетъ). Да если бы боярство и попыталось это сдѣлать, оно тоже потерьпѣла бы неудачу,— такъ какъ при всеобщемъ закрѣпощеніи населенія государства въ цѣляхъ его внѣшней безопасности и расширенія (факторъ опять-таки совершенно упущенный г. Тельбергомъ изъ виду) въ немъ не было мѣста политической и гражданской свободѣ; населенія. Государство росло, а народъ хирѣлъ. Самыя попытки связать Уложеніе 157 г. съ ограничительными записями смут-

наго времени черезъ запись Михаила, якобы неизмѣнно повторяющую запись Шуйскаго (это при разныхъ-то классахъ населенія, поддерживавшихъ того и другого!), какъ и другія записи смутнаго времени (25), даже и такъ фантазирующаго на этотъ счетъ г. Тельберга, въ концѣ-концовъ, должны были кончиться печальнымъ признаніемъ съ его стороны „ignorabimus“ (319). Вѣдь запись Михаила до насъ не дошла, а дѣло Шеина тоже говоритъ противъ чисто судебнаго значенія записи Михаила, и этотъ аргументъ г. Тельбергу отвести не удалось.

Къ тому же самое Уложеніе 157 г. тоже чрезмѣрно идеализируется г. Тельбергомъ въ смыслѣ обезпеченія имъ законности въ управленіи въ духѣ народныхъ правъ и интересовъ, тогда какъ на дѣлѣ это былъ сборникъ процессуальныхъ нормъ, исходящихъ отъ верховной власти, съ многочисленными недомолвками, вдобавокъ постоянно нарушаемый приказной практикой въ въ интересахъ же господствующихъ классовъ. Вѣдь самъ же г. Тельбергъ, въ концѣ-концовъ, долженъ сознаться, что знаменитое „слово и дѣло“, грозное пугало русскаго обывателя въ теченіе всего XVIII в., сложилось именно въ эпоху Уложенія и на страницахъ его получило впервые законодательное признаніе (9). Классовымъ характеромъ Уложенія 157 г. объясняется и запрещеніе его принимать холопьи челобитныя на помѣщиковъ и господъ (исключая политич. дѣлъ, что тоже характерно), а не опасностью ихъ по соблазну на лживость и затѣйность, какъ это думаетъ г. Тельбергъ на стр. 33-й. А относительно техническихъ недостатковъ Уложенія 157 г. самъ же г. Тельбергъ говоритъ намъ на стр. 34-й, что II гл. Улож., говорящая о полит. преступленіяхъ, даетъ только общіе контуры, чуть-чуть очерченные въ трехъ формахъ политич. суда, неполно и отрывочно. Да иначе, добавимъ, вѣдь и быть не могло при господствѣ въ Московскомъ государствѣ обычая надъ закономъ. Главное такимъ образомъ, какъ мы уже говорили, не законодательныя нормы, а практика московская политич. дѣлъ, рисующая намъ безудержный произволъ въ цѣляхъ мести и самозащиты, а не правомѣрный судъ.

Резюмируя же все вышесказанное, приходится признать, что въ дѣлѣ анализа судопроизводственныхъ порядковъ по госуд. преступленіямъ — главная и центральная часть работы г. Тельберга — ему сильно повредило какъ отсутствіе исторической перспективы, связи его выводовъ съ предшествующей и послѣдующей русской исторіей и смѣшеніе имъ политики съ правомъ, такъ и игнорированіе имъ основныхъ пружинъ и факторовъ

древнерусской исторіи, именно,—всеобщаго закрѣпощенія населенія въ интересахъ безопасности и расширенія государства и перекрещиванія и борьбы идейныхъ, экономическихъ и классовыхъ интересовъ. Но вѣдь первое дѣлало невозможнымъ существованіе въ Московскомъ государствѣ гражд. и политич. свободы. Также съ классовой только точки зрѣнія и можно понять и принять мнѣніе самого г. Тельберга о наличіи въ борьбѣ съ политич. преступленіями элементовъ самозащиты и мести (2), политич. тревогъ и заботъ (171). Въ связи съ этимъ стоитъ и черезмѣрная идеализація г. Тельбергомъ правовыхъ институтовъ московской эпохи, заставляющая его считать реальностью этой эпохи, напр., подчиненіе московскаго государя праву, которое, кстати, на стр. 318-й безнадежно спутано г. Тельбергомъ съ обычаемъ. Страшно повредила труду г. Тельберга и предвзятость его основной идеи объ особности политич. процесса, къ которой, прямо сказать, за волосы онъ подгоняетъ факты, отметывая въ сторону все, что противорѣчитъ этой идеѣ. Съ формальной же стороны приходится признать основнымъ порокомъ работы г. Тельберга крайне неудачную структуру его критическаго аппарата, дѣлающую затруднительной провѣрку его выводовъ, а при вводѣ имъ въ работу архивнаго матеріала—и невозможной эту провѣрку въ виду отсутствія у г. Тельберга выписокъ изъ этихъ матеріаловъ.

Самое пользованіе сравнительнымъ методомъ имѣетъ у г. Тельберга случайный и отрывочный характеръ съ неразборчивостью на пособія. Такъ для ученой диссертаціи у него въ авторитеты попала даже „книга для чтенія по исторіи новаго времени“! (35). Къ тому же и въ этой области вредитъ г. Тельбергу предвзятость его идей, заставляющая его видѣть и на Западѣ тенденцію къ обособленію политич. процесса.

Не мало и бездоказательныхъ гипотезъ найдется у г. Тельберга. Таково, напр., на стр. 326-й предположеніе г. Тельберга о тенденціи московской практики замѣнять смертную казнь менѣе суровыми и не столь рѣшительными карами. Непріятно поражаетъ и оптимизмъ г. Тельберга относительно несимпатичныхъ чертъ московскаго права. Все у него къ лучшему, даже и возложеніе обязанности извѣта на семью (127). Очную ставку тоже г. Тельбергъ считаетъ гарантіей для обвиняемаго противъ затѣйнаго извѣта (196) и совершенно напрасно. А отвѣтчика совершенно напрасно г. Тельбергъ превозноситъ надъ доносчикомъ, какъ „публичнаго обвинителя“ sui generis (148). При господствѣ произвола въ процессѣ XVII в. и при жесто-

комъ характерѣ его вообще нельзя безъ улыбки читать у г. Тельберга и такихъ его рѣчей, что при сомнѣніи въ виновности подсудимаго его не пытали въ Москвѣ (205), а пытали лишь при подозрѣніи въ виновности да еще при основательномъ (204), и что пыточно-розыскной процессъ производился по законченному и систематическому своду правилъ, вносившему въ него прочность и устойчивость (207).

Цѣннѣе побочная часть работы г. Тельберга (стр. 50—115), дающая юридическій анализъ политич. преступленій, предусматриваемыхъ Уложеніемъ 157 г. (умыселъ на государево здоровье, измѣна, скопъ и заговоръ; подробности см. въ нашей рецензіи на эту часть книги г. Тельберга въ № 21 „Юрид. Библіографіи“ за 1911 г.), хотя, конечно, вышеуказанные недостатки работы г. Тельберга значительно обезцѣниваютъ и эту часть его работы. Тѣмъ не менѣе, тутъ удалось г. Тельбергу подмѣтить нѣкоторыя новыя черты въ составѣ госуд. преступленій (переѣздъ, отъѣздъ, держава царскаго величества и т. д.). Особенно же тутъ интересно выясненіе г. Тельбергомъ причинъ пробѣловъ Уложенія 157 г. — именно, причиною умолчанія въ этомъ уложеніи о „непристойныхъ словахъ“ г. Тельбергъ считаетъ то, что наказуемость такихъ словъ не возвышалась до примѣненія смертной казни, а Улож. 157 г. регулировало лишь дѣла о политич. преступленіяхъ, караемыхъ смертною казнью, какъ maximum уступокъ верховной власти въ этой области. И съ этимъ, пожалуй, можно согласиться. Но, когда умолчаніе Улож. 157 г. о преступленіяхъ противъ членовъ царскаго дома г. Тельбергъ считаетъ симптомомъ прогресса политич. мысли и очищенія ея отъ засоренности частно-вотчинными взглядами, то тутъ опять мы вступаемъ въ область фантазій г. Тельберга. Московское право вѣдь развивалась казуистическимъ путемъ, а дѣлъ о преступленіяхъ противъ членовъ царскаго дома не возникло на практикѣ (104). Потому только и молчитъ объ нихъ Уложеніе 157 г.

С. А. Шумаковъ.

В. М. Грибовскій. Проф. Имп. Новороссійскаго Унив. Докторъ госуд. права.—Государственное устройство и управленіе Россійской Имперіи. Одесса. 1912. Цѣна 2 р. 25 к.

Новая работа г. Грибовскаго вызываетъ противъ себя цѣлый рядъ упрековъ и возраженій. Возраженія эти направляются и

противъ самой постановки задачи, какъ она формулирована авторомъ въ предисловіи, и противъ ея выполненія въ текстѣ. Съ одной стороны, мы не находимъ въ книгѣ какой-либо выдержанной системы, съ другой—отдѣльные поставленные авторомъ вопросы либо вовсе не находятъ себѣ разрѣшенія, либо разрѣшеніе ихъ весьма сомнительно со точки зрѣнія юриста-теоретика.

Авторъ предупреждаетъ, что писалъ онъ свою книгу, имѣя въ виду „съ одной стороны, учащихся, а съ другой—широкій кругъ образованныхъ людей, интересующихся современнымъ русскимъ государственнымъ строемъ и управленіемъ въ ихъ цѣломъ". „Мы лишь бѣгло останавливаемся,— продолжаетъ авторъ,—на тѣхъ спорныхъ вопросахъ новаго государственнаго устройства, разрѣшеніе которыхъ еще нуждается въ совмѣстной практикѣ правительства и представительныхъ учрежденій. Общій пріемъ нашего изложенія описательный, но мы вносимъ необходимое освѣщеніе предмета во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда это является настоятельнымъ, при чемъ всегда стремимся оставаться на чисто-юридической почвѣ, какъ наиболѣе объективной".— Мы, повидимому должны признать, что авторъ поставилъ передъ собой весьма серьезную научную задачу. Но такъ намъ будетъ казаться, лишь пока мы не перевернемъ страницы и отъ предисловія не перейдемъ къ тексту.

Изложеніе матеріала г. Грибовскимъ не даетъ прежде всего достаточнаго представленія ни о русскомъ государственномъ строѣ, ни объ управленіи „въ ихъ цѣломъ", по той простой причинѣ, что для познанія этого строя въ его цѣломъ недостаточно простого пересказа статей закона, ибо „юридическая почва" именно и требуетъ ихъ истолкованія для примѣненія на практикѣ. Мы въ книгѣ не находимъ, не говоря уже о теоретическомъ синтезѣ, даже достаточнаго анализа соотвѣтствующаго матеріала. Г. Грибовскій почему-то полагаетъ, что юридико-догматическій анализъ нашего законодательства слѣдуетъ отложить пока не выяснится совокупная практика правительства и представительства по примѣненію законовъ, подлежащихъ изученію. А какимъ же толкованіемъ должны руководствоваться пока наши законодательныя органы въ своей дѣятельности и когда же наступитъ то время, когда эту практику можно будетъ считать достаточно выясненной? Мы, наоборотъ, полагаемъ, что чѣмъ менѣе выяснена *практика* по спорнымъ вопросамъ, тѣмъ болѣе интенсивной *теоретической* работы требуетъ изученіе законодательныхъ актовъ.

На протяженіи всей своей книги авторъ почти не анализи-

руетъ, а лишь пересказываетъ содержаніе статей закона. Но иногда г. Грибовскій считаетъ невозможнымъ ограничиться спокойнымъ описаніемъ и находитъ необходимымъ анализъ нѣкоторыхъ спорныхъ вопросовъ. Эти случаи вызываютъ также рядъ возраженій.

Возьмемъ, напр., анализъ нашего государственнаго строя между моментомъ изданія Манифеста 17 октября 1905 г. и днемъ созыва 1-ой Государственной Думы 27 апрѣля 1906 г. Считая манифестъ этотъ закономъ въ формальномъ и матеріальномъ смыслѣ, онъ пишетъ: „Въ этотъ промежутокъ (17 окт. 1905 г.—27 апр. 1906 г.), Императоръ, уже будучи ограниченнымъ, тѣмъ не менѣе законодательствовалъ въ условіяхъ стараго порядка по праву, за отсутствіемъ требуемаго закономъ новаго законодательнаго органа“ (стр. 32), и авторъ настолько увѣренъ въ своей конструкціи, что даже считаетъ, что Госуд. Совѣтъ сталъ послѣ 17 окт. нашей Верхней палатой (стр. 22), несмотря на то, что въ самомъ Манифестѣ о немъ не было упомянуто ни однимъ словомъ. Да оно и понятно. Создавая Госуд. Думу 6 авг. 1905 г., законодатель при опредѣленіи ея компетенціи исходилъ изъ компетенціи Госуд. Совѣта и изъ его „учрежденія“ (по изданію 1901 года). Когда 17 окт. было повелѣно преобразовать Госуд. Думу изъ законосовѣщательной въ законодательную, то, естественно, не могли измѣнять положеніе Госуд. Совѣта до того, какъ не былъ выполненъ трудъ по переработкѣ учрежденія Госуд. Думы., ибо при реформѣ Госуд. Совѣта путь былъ обратный—при опредѣленіи его компетенціи теперь исходили изъ компетенціи реформированной Госуд. Думы; такой взглядъ подтверждается текстомъ Высочайшаго Манифеста 20 февр. 1906 г. (Собр. Узак. № 38, 21 февр. 1906 г. ст. 196) и (Именного Высоч. Указа Прав. Сенату, 24 апр. 1906 г. (Собр. Узак. 25 апр. 1906 г. № 100 ст. 611).

Весьма трудно уяснить, что хотѣлъ сказать авторъ своимъ толкованіемъ термина „самодержавіе“ въ дѣйствующемъ правѣ (стр. 25). Понятіе это вызвало много труда у теоретиковъ для своего истолкованія, и попытка г. Грибовскаго не принадлежитъ къ числу удачныхъ—онъ повидимому стоитъ на туманной точкѣ зрѣнія большинства Третьей Думы, которая была выражена при обсужденіи адреса въ ноябрѣ 1907 года.

Но авторъ становится вполнѣ опредѣленнымъ въ своихъ мнѣніяхъ, когда рѣчь заходитъ о столкновеніи правъ и интересовъ правительства и народнаго представительства. Онъ ничуть не сомнѣвается, что компетенція Государственной Думы должн

всегда толковаться ограничительно несмотря на п. 7 ст. 31 Учр. Гос. Думы (стр. 95, 61); сообразно съ этимъ онъ не видитъ ничего спорнаго и сомнительнаго въ истолкованіи правилами 24 авг. 1909 г. въ порядкѣ верховнаго управленія границъ въ компетенціи Думы и правительства; онъ даже берется поддерживать парадоксальный тезисъ, что правилами этими, по существу, сужена компетенція, но не Думы, а правительства (стр. 61, 63, 95).

Рѣшившись затронуть спорный вопросъ о примѣненіи ст. 87 Осн. Зак. и познакомивъ читателя съ противоположными мыслями *Нольде* и *Palme*, авторъ свое мнѣніе однако тщательно и скромно скрылъ (стр. 65). Говоря о различіи и границахъ закона и указа, авторъ недостаточно оцѣнилъ весьма тонкое различіе между понятіями закона въ формальномъ и закона въ матеріальномъ смыслѣ, съ одной стороны, и формальными указомъ и закономъ—съ другой (стр. 108). Пытаясь объяснить положеніе Совѣта Министровъ, авторъ совершенно неправильно оцѣниваетъ роль предсѣдателя Совѣта и положеніе нынѣшняго Совѣта Министровъ чрезмѣрно сближаетъ съ положеніемъ Совѣта дореформеннаго: послѣдняго не существовало внѣ предсѣдательства Государя—въ первомъ же правиломъ является предсѣдательствованіе особо назначаемаго Предсѣдателя Совѣта Министровъ, а предсѣдательство Государя допускается лишь по исключенію (стр. 124). Ни одного слова мы не находимъ объ отвѣтственности министровъ, не отмѣчено своеобразное Положеніе Государственнаго Контроля въ общей министерской системѣ, не отмѣченъ установленный въ нашемъ законодательствѣ пріоритетъ Думы передъ Совѣтомъ въ разсмотрѣніи правительственныхъ законопроектовъ. Между тѣмъ, это постановленіе закона уничтожаетъ возможность различныхъ контраверзъ и споровъ, имѣющихъ, напр., мѣсто на Западѣ, и способствуетъ отчасти устойчивости законодательнаго пути. Излагая содержаніе ст. 158 Учр. Мин., авторъ не подозрѣваетъ, повидимому, что въ сопоставленіи со ст. 87 Осн. Зак. она возбуждаетъ сомнѣніе въ теоріи и на практикѣ; автору осталось неизвѣстнымъ произведенное въ порядкѣ 125 ст. Осн. Зак. измѣненіе примѣч. къ ст. 188 Осн. Зак. Въ отдѣлѣ мѣстной администраціи совершенно не выясненъ характеръ взаимоотношеній губернатора и губернскаго правленія (стр. 135) и можно было бы сдѣлать еще рядъ указаній для иллюстраціи научно-юридической недостаточности работы г. Грибовскаго. Задача, поставленная авторомъ въ предисловіи, не выполнена и цѣли его не достигнуты: „широкій кругъ образованныхъ людей, интересующихся современнымъ рус-

скимъ государственнымъ строемъ и управленіемъ въ ихъ цѣломъ", не найдетъ въ книгѣ г. Грибовскаго матеріала, отвѣчающаго его интересу. Единственно, что съ пользой для себя этотъ кругъ людей узнаетъ это,—что писатель, питающій, повидимому, весьма мало симпатій къ народно-представительнымъ учрежденіямъ и по мѣрѣ силъ презумирующій компетенцію правительства, стоитъ, однако, вполнѣ опредѣленно на той точкѣ зрѣнія, что *прежняго* самодержавія нынѣ не существуетъ и что Монархъ въ своихъ потенціяхъ нынѣ ограниченъ Думой.

А. С. Тагеръ.

Проф. Р. А. Рейссъ. Научная техника разслѣдованія преступленій. Курсъ лекцій, прочтенныхъ въ г. Лозаннѣ профессоромъ Рейссомъ чинамъ русскаго судебнаго вѣдомства лѣтомъ 1911 года. Составлено подъ редакціей Старшаго Юрисконсульта Министерства Юстиціи С. Н. Трегубова. Спб. 1912. Стр. 2+2+178. in 8°.

Въ приложеніи къ № 3 „Журнала Министерства Юстиціи" 1912 г. дано въ высшей степени *полезное* для судебныхъ слѣдователей, чиновъ полиціи и судебныхъ экспертовъ *пособіе*, посвященное техническимъ методамъ слѣдственнаго производства. Извѣстный швейцарскій судебный экспертъ, докторъ химіи—по образованію, Р. А. Рейссъ, на многочисленныхъ примѣрахъ изъ своей практики, свидѣтельствующихъ объ его проницательности, тонкости и точности наблюденій, изяществѣ научныхъ пріемовъ раскрытія преступленій и неопровержимости доводовъ, выясняетъ огромное значеніе умѣнія собрать и правильно освѣтить и использовать въ цѣляхъ правосудія вещественныя доказательства. Въ своемъ курсѣ лекцій Рейссъ задается цѣлью—поднять на должную высоту современную постановку предварительнаго слѣдствія; сосредоточить вниманіе судебныхъ слѣдователей и органовъ полиціи—на отыскиваніи и изслѣдованіи вещественныхъ доказательствъ; вооружить судебныхъ слѣдователей „достаточными познаніями въ области примѣненія научныхъ методовъ для изслѣдованія преступленій" (стр. 4 Введенія); дать въ руки судебнымъ слѣдователямъ средства неопровержимо доказать въ стадіи предварительнаго слѣдствія безусловную виновность лицъ, привлеченныхъ къ слѣдствію въ качествѣ обвиняемыхъ,—доказать путемъ такой блестящей экспертизы вещественныхъ доказательствъ, которая удовлетворяла бы послѣднему слову науки,

передъ которой были бы безцвѣтны самыя краснорѣчивыя свидѣтельскія показанія, какъ бы искусно они ни были составлены; возсоздать передъ умственнымъ взоромъ судей (какъ коронныхъ, такъ и присяжныхъ засѣдателей) тотъ „механизмъ преступленія“ (картину преступленія), который обычно—безъ надлежащей научной экспертизы—недостаточно обрисовывается на предварительномъ и судебномъ слѣдствіи. Чтобы возстановить картину преступленія, нужно умѣть обнаружить слѣды преступленія даже тамъ, гдѣ на первый взглядъ ихъ нѣтъ; умѣть изслѣдовать ихъ такъ, чтобы весь матеріалъ, который можно собрать путемъ тщательнаго изученія слѣдовъ преступленія, былъ исчерпанъ для установленія личности преступника, его соучастниковъ, степени ихъ вины. Курсъ лекцій Рейсса въ значительной степени помогаетъ суд. слѣдователямъ пріобрѣсти знанія, необходимыя для того, чтобы руководить суд. экспертизою, а не пассивно подчиняться мнѣнію экспертовъ.

Въ курсѣ Рейсса, появляющемся на русскомъ языкѣ впервые, *конспективно*, но *точно* и *ясно* изложено много вопросовъ, съ которыми судебнымъ слѣдователямъ постоянно приходится встрѣчаться на предварительномъ слѣдствіи (дѣятельность суд. слѣдователя на мѣстѣ преступленія, слѣды крови, ногъ человѣка, пальцевъ, прочіе слѣды (ногъ животныхъ, колесъ, зубовъ и т. д.), разслѣдованіе поджоговъ, подлоги документовъ, вскрытіе писемъ, поддѣлка и снятіе печатей, поддѣлка цѣнныхъ бумагъ, кредитныхъ билетовъ, монетъ, возстановленіе сгорѣвшихъ документовъ; производство обысковъ, тайныя сношенія преступниковъ). На русской литературѣ лекціи Рейсса уже отразились частично: въ 1912 году въ Спб. вышла брошюра А. А. Громова „О судебной фотографіи (по лекціямъ проф. лозан. унив. Р. Рейсса)“. Изданный Министерствомъ Юстиціи, составленный чинами русскаго судебнаго вѣдомства, командированными Министромъ Юстиціи лѣтомъ 1911 года въ Лозанну для слушанія лекцій Рейсса, проредактированный профессоромъ уголовнаго права Военно-Юридической Академіи и Училища Правовѣдѣнія С. Н. Трегубовымъ, курсъ лекцій Рейсса о научной техникѣ разслѣдованія преступленій долженъ быть *настольною книгою* для судебныхъ слѣдователей.

И. К. Сухоплюевъ.

Марсель Планіоль. Курсъ французскаго гражданскаго права — Часть первая—Теорія объ обязательствахъ и Часть вторая—Договоры. Переводъ съ французскаго В. Ю. Гартмана, члена Петроковскаго Окружнаго Суда. Петроковъ, 1911 г. 956 страницъ.

Подъ такимъ, не вполнѣ удачнымъ заглавіемъ, издана въ русскомъ переводѣ часть второго тома „Traité élémentaire de droit civil, conforme au programme officiel des Facultés de droit" профессора Парижскаго университета М. Планіоля, т.-е. его университетскій курсъ по гражданскому праву. Переводчикъ остановился на избранной имъ части курса прежде всего потому, какъ онъ заявляетъ въ своемъ предисловіи, что именно она представляетъ наибольшій практическій интересъ для судебныхъ дѣятелей Царства Польскаго, гдѣ обязательственное право Кодекса Гражданскаго примѣняется почти въ томъ же видѣ, который этотъ законодательный памятникъ имѣетъ въ самой Франціи. Ученіе же о доказательствахъ, объ ипотекахъ и привилегіяхъ, которыя входятъ въ составъ второго тома курса проф. Планіоля сверхъ ученій обязательственнаго права, не дѣйствуютъ въ Царствѣ Польскомъ. Но я въ тѣхъ частяхъ курса, которыя переведены, отчасти излагаются постановленія, либо отмѣненныя для этой области, либо основанныя на позднѣйшемъ законодательствѣ Франціи, уже не распространявшемся на Царство Польское. По отношенію къ нимъ переводчикъ прибѣгъ къ правильному пріему: онъ передастъ текстъ курса безъ измѣненій, но оговариваетъ въ примѣчаніяхъ то, что въ Царствѣ Польскомъ не дѣйствуетъ.

Такимъ образомъ, настоящій переводъ долженъ, прежде всего, служить пособіемъ для судебныхъ дѣятелей нашей окраины, которая пользуется превосходнымъ кодексомъ, неизмѣримо лучшимъ, чѣмъ обще-русскій Сводъ гражданскихъ законовъ, но въ которой этотъ кодексъ примѣняется лицами въ громадномъ большинствѣ своемъ мало къ тому подготовленными. Не смотря на то, что русскія судебныя установленія введены въ краѣ уже скоро сорокъ лѣтъ и что въ суды Царства Польскаго назначаются лица, окончившія университеты, въ которыхъ они ничего или почти ничего не слышали объ особенностяхъ французско-польскаго права, у насъ до сихъ поръ нѣтъ ни одного доступнаго русскому читателю пособія по этому праву. Никто изъ русскихъ профессоровъ, занимавшихъ каѳедру гражданскаго права въ Варшавскомъ университетѣ, не издалъ своего курса. Уже по одному этому слѣдуетъ горячо привѣтствовать изданіе г. Гартмана. Конечно, его

оговорки относительно нормъ, не дѣйствующихъ въ Царствѣ Польскомъ, не всегда достаточны, чтобы разъяснить положеніе въ немъ соотвѣтствующаго вопроса, въ особенности мало подготовленному читателю. Все же въ результатѣ переводъ можетъ стать чрезвычайно полезнымъ, почти необходимымъ пособіемъ для лицъ, желающихъ добросовѣстно изучить то право, которое имъ придется примѣнять на практикѣ, и владѣющихъ только русскимъ языкомъ.

Но мы привѣтствуемъ переводъ этой части курса проф. Планіоля помимо того и независимо отъ его непосредственнаго практическаго значенія. Выдающіяся достоинства этого курса, внѣ сомнѣнія наиболѣе популярнаго во Франціи, хорошо извѣстны. При сравнительно краткомъ и сжатомъ изложеніи онъ отличается замѣчательной полнотой: ни одинъ существенный вопросъ гражданскаго права не обойденъ имъ безъ краткаго поясненія. Все богатство образцовой, особенно за послѣднія десятилѣтія французской jurisprudence использовано имъ съ изумительнымъ мастерствомъ. Принадлежа къ сторонникамъ традиціоннаго, нѣсколько консервативнаго направленія старой французской доктрины—къ т.-н. „Школѣ“, Планіоль все же не уклоняется и отъ задачъ, которыя выдвинуло во Франціи новое направленіе—сравнительное изученіе права—въ лицѣ Салейля, Жени и др., относящихся смѣлѣе, чѣмъ ихъ предшественники, къ традиціонному пониманію старыхъ текстовъ. Такъ, Планіоль кратко, но ясно и вполнѣ точно излагаетъ по наиболѣе труднымъ проблемамъ, если не выводы нѣмецкой науки, то постановленія Германскаго Гражданскаго Уложенія и считается съ ними при разрѣшеніи нѣкоторыхъ контраверзъ. Онъ признаетъ, хотя въ узкихъ предѣлахъ, значеніе основныхъ началъ естественнаго права: говоря о томъ, что Кодексъ Гражданскій не содержитъ статьи, непосредственно санкціонирующей искъ о возвратѣ обогащенія, полученнаго безъ достаточнаго основанія за счетъ другого, онъ признаетъ, что „это одно изъ тѣхъ рѣдкихъ правилъ естественнаго права, которыя красною нитью проходятъ черезъ всѣ законы, даже если законодатель не позаботился упомянуть о нихъ“. Какъ интересный примѣръ независимости, съ какой Планіоль умѣетъ относиться къ судебной практикѣ, можно указать на его критику рѣшеній, довольно единодушно признающихъ, что забастовка промышленныхъ рабочихъ всегда равносильна расторженію съ ихъ стороны самаго договора найма. Онъ требуетъ напротивъ, чтобы судъ не довольствовался однимъ внѣшнимъ фактомъ пріостановки работъ со стороны рабочихъ для подобнаго вывода: необходимо выяснить

намѣренія лицъ, не выполняющихъ работъ; ихъ намѣреніе можетъ быть направлено не на расторженіе договора, а только на иное исполненіе его. Какъ во всѣхъ другихъ договорахъ, и тутъ не слѣдуетъ смѣшивать способъ исполненія договора, хотя бы неисправный, и нарушеніе его путемъ окончательнаго отказа отъ исполненія.

Благодаря крупнымъ достоинствамъ, курсъ проф. Планіоля безспорно является лучшимъ въ настоящее время пособіемъ для изученія французскаго гражданскаго права и вообще превосходнымъ руководствомъ для ознакомленія съ проблемами современной цивилистики. Переводъ г. Гартмана даетъ возможность ознакомиться съ одной изъ наиболѣе интересныхъ частей этого труда даже читателю, не владѣющему французскимъ, въ особенности французскимъ *юридическимъ* языкомъ, изобилующимъ своеобразными трудностями. Слѣдуетъ надѣяться поэтому, что настоящимъ переводомъ будутъ пользоваться и такіе юристы, которымъ непосредственно не приходится примѣнять Кодексъ Гражданскій, но которые чувствуютъ потребность освѣтить теоретически груды сенатскихъ рѣшеній, составляющихъ нынѣ единственную основу ихъ профессіональной дѣятельности. Слѣдуетъ отмѣтить, къ тому же, что каждый разъ, когда пересматриваешь французскую jurisprudence, убѣждаешься въ громадномъ вліяніи ея на нашу сенатскую практику именно въ области обязательственнаго права.

Самый переводъ выполненъ г. Гартманомъ тщательно въ общемъ съ соблюденіемъ правильной юридической терминологіи. Правда, ему не удалось передать легкости и изящества языка Планіоля, которымъ отличается курсъ, несмотря на чрезвычайную сжатость изложенія: но эта задача почти недостижима при невыработанности русской юридической терминологіи. Кое-въ чемъ повиненъ, однако, самъ переводчикъ. Нельзя говорить, напримѣръ, „оно получило лучшій пріемъ“ вмѣсто „было лучше принято“ и т. п. Неудовлетворительна уже съ юридической точки зрѣнія передача термина „cause“ словомъ „причина“, тогда какъ установилось обыкновеніе обозначать соотвѣтствующее понятіе терминомъ „основаніе“, Прямо-таки ошибочнымъ слѣдуетъ признать переводъ „succession“—„наслѣдованіемъ“ даже когда дѣло идетъ о преемствѣ между живыми (наприм. въ § 395 о цессіи). Иногда переводчикъ запутываетъ изложеніе неудачнымъ, хотя и правильнымъ по существу, подборомъ терминовъ: такъ онъ безъ нужды избѣгаетъ термины „делегатарій“ и „делегатъ“, а говоритъ все время о „второмъ“ и „третьемъ“ лицѣ, затрудняя пониманіе

такой сложной юридической фигуры, какъ делегація. Тоже повторяется при изложеніи ученія договоровъ въ пользу третьихъ лицъ. Но всѣ подобные недосмотры мало отразились на общемъ характерѣ перевода, который въ цѣломъ слѣдуетъ признать вполнѣ удовлетворительнымъ; онъ достигаетъ цѣли — сдѣлать доступнымъ для русскаго читателя одно изъ лучшихъ произведеній западной юридическтй литературы.

Съ внѣшней стороны изданіе производитъ монументальное впечатлѣніе: оно составляетъ толстый томъ in quarto, напечатано очень крупнымъ шрифтомъ и т. д. Къ сожалѣнію оно изъ-за этого, вѣроятно, стало дорогимъ: хотя цѣна не обозначена на самой книгѣ, но она не можетъ быть низкой. Затѣмъ намъ представляется не улучшеніемъ, а ухудшеніемъ, что весь текстъ перевода набранъ равномѣрно крупнымъ шрифтомъ; въ подлинникѣ различіе въ шрифтахъ помогаетъ уловить систему изложенія, чрезвычайно удачно оттѣняя главныя положенія и отодвигая на второй планъ—все менѣе важное.

Въ общемъ желательно, чтобы русскіе юристы по достоинству оцѣнили пособіе, прекрасное пособіе, которое отнынѣ стало легко доступнымъ для нихъ.

А. Э. Вормсъ.

Францъ Листъ (Franz von Liszt), профессоръ Берлинскаго Университета. Международное право въ систематическомъ изложеніи. Переводъ съ шестого нѣмецкаго изданія подъ редакціей проф. В. Э. Грабаря. Третье русское изданіе, совершенно переработанное. Съ дополненіями редактора и очеркомъ частнаго международнаго права, составленнымъ проф. бар. Б. Э. Нольде. Юрьевъ (Дерптъ) 1912. XX+574+CLXXXIV стр. Цѣна 4 руб.

Проф. въ Берлинѣ Ф. фонъ Листъ получилъ въ наукѣ и въ академическихъ кругахъ извѣстность, какъ хорошій криминалистъ и какъ руководитель образцово организованнаго семинарія по уголовному праву. Кромѣ того, научную цѣнность имѣетъ и его курсъ по международному праву, вышедшій первоначально въ 1898 году, въ бытность его профессоромъ въ Галле, послѣ десятилѣтняго преподавательскаго опыта, и выдержавшій до настоящаго времени шесть изданій на нѣмецкомъ языкѣ. Въ русскомъ переводѣ за послѣднія десять лѣтъ онъ выходитъ уже третьимъ изданіемъ подъ редакціей проф. В. Э. Грабаря. Пер-

вое русское изданіе 1902 года является переводомъ второго нѣмецкаго изданія 1902 же года, второе изданіе 1909 года—переводомъ съ пятаго нѣмецкаго изданія 1907 года, третье, настоящее, изданіе—переводомъ шестого нѣмецкаго изданія 1910 года. Съ каждымъ новымъ изданіемъ курсъ существенно измѣняется, исправляется, подновляется и дополняется, но съ сохраненіемъ, однако, разъ выбраннаго метода, опредѣленныхъ научныхъ воззрѣній и принятой системы. Сравнительно со вторымъ изданіемъ третье представляется совершенно переработаннымъ; нѣсколько увеличился объемъ, дойдя, благодаря сдѣланнымъ дополненіямъ, съ 447 страницъ до 460 страницъ, передѣлана заново вся часть книги, посвященная праву войны и нейтралитета, въ соотвѣтствіи съ Гаагскими конвенціями 1907 года и съ Лондонской декларацією 1909 года, приняты во вниманіе новѣйшіе международные договоры и соглашенія, освѣжены ссылки на историческіе факты, нѣкоторыя устарѣвшія или потерявшія интересъ свѣдѣнія вовсе опущены, исправленъ текстъ, въ немъ сдѣланы сокращенія и стилистическія поправки, улучшенъ нѣсколько планъ расположенія матеріала,—вообще приняты были по возможности всѣ мѣры къ достиженію большей стройности системы и точности языка. Такъ, напр., выдвинута впередъ мысль объ общности неполитическихъ интересовъ государствъ (стр. 244—361) въ различныхъ отрасляхъ законодательства, управленія и правосудія, въ противоположность интересамъ политическимъ (ср. стр. 351—355 второго изданія), подчеркнута однородность природы международнаго союза, какъ общаго цѣлевого соединенія государствъ съ частными или спеціальными соединеніями государствъ (стр. 4, 9, 191), обычно называемыми международными административными союзами, внесено вновь право воздухоплаванія (стр. 104—105, 117—118) и ученіе о международной призовой юрисдикціи (стр. 455—460).

Система курса Листа такова: въ книгѣ первой изучаются государства, какъ субъекты права, и ихъ общее правовое положеніе (понятіе государства въ международныхъ отношеніяхъ, виды государствъ, ученіе о власти, территоріи и народѣ); по воззрѣнію Листа, международное право есть въ сущности междугосударственное право, единственными его субъектами являются государства и выступаютъ эти послѣднія въ международномъ правѣ лишь въ качествѣ государствъ, т.-е. суверенныхъ политическихъ тѣлъ, надѣленныхъ высшею принудительною властью и державными правами (стр. 1—3, 59). Въ книгѣ второй разбираются международно-правовыя сношенія государствъ вообще—именно

ученіе о національныхъ и международныхъ органахъ сношеній и ученіе о правоотношеніяхъ и правообразующихъ факторахъ (договоры, сдѣлки и деликты), въ книгѣ третьей—общность интересовъ международно-правового соединенія государствъ въ области путей и средствъ сообщенія, законодательства и гражданскаго и уголовнаго правосудія, народнаго здравія, охраны имущества и идеальныхъ интересовъ и въ книгѣ четвертой—междугосударственные споры и способы ихъ улаженія. Въ систематическомъ отношеніи не вполнѣ удачно распредѣленіе отдѣловъ такъ называемаго международнаго административнаго права, входящаго въ составъ книги третьей вмѣстѣ съ международнымъ частнымъ правомъ; такъ, въ отдѣлъ путей и средствъ сообщенія отнесены торговля и промышленность, защита рабочихъ и призрѣніе бѣдныхъ включены въ отдѣлъ охраны интересовъ нравственности и гуманности, борьба съ работорговлей и торгомъ женщинами помѣщена въ отдѣлъ объ охранѣ „идеальныхъ“ интересовъ, на ряду съ охраной религіи и науки. Наиболѣе цѣлесообразнымъ для интернаціоналиста было бы пользованіе системой отдѣльныхъ институтовъ внутренняго управленія, а не искусственной системой, можетъ-быть, логически стройной на первый взглядъ и по внѣшнему виду, но фактически соединяющей въ отдѣльныхъ своихъ рубрикахъ совершенно несоединимыя вещи. Добавимъ, что въ третьемъ изданіи борьба съ алгоголизмомъ перенесена изъ отдѣла охраны нравственности и гуманности въ отдѣлъ обезпеченія народнаго здравія (стр. 341).

Другое возраженіе можетъ быть сдѣлано въ отношеніи принципіальныхъ положеній Листа; онъ придерживается нѣсколько устарѣлаго теперь взгляда при опредѣленіи предѣловъ дѣйствія международнаго права; дѣленіе всѣхъ народовъ на цивилизованные и полуцивилизованные (стр. 5—8), соотвѣтственно чему опредѣляется доля примѣнимости отдѣльныхъ нормъ международнаго права, весьма шатко и практически имѣетъ мало значенія; то же можно сказать и о признаваемомъ имъ принципѣ равенства, какъ основномъ началѣ международнаго права (стр. 3), который не только фактически, но и юридически уступаетъ постепенно свое мѣсто началу неравенства (ср. стр. 83).

Проф. Листъ принадлежитъ къ позитивному направленію въ наукѣ международнаго права. Онъ излагаетъ одно лишь дѣйствующее право, мало интересуясь не только политикой, но и исторіей права; отличительная особенность его учебника—крайне скудныя историческія изысканія и почти полное отсутствіе теоріи; книга даетъ точное изложеніе положительнаго международ-

наго права—и только; отношеніе Листа къ такъ называемому естественному праву, какъ и слѣдовало ожидать, отрицательное (стр. 15). Обыкновенно Листъ присоединяетъ къ формулированнымъ имъ положеніямъ дѣйствующаго права богатый фактическій матеріалъ, который можетъ послужить для провѣрки выставленныхъ имъ положеній. Онъ воздерживается отъ формулировки нормъ во всѣхъ случаяхъ, когда невозможно констатировать ихъ дѣйствительное примѣненіе на практикѣ, и поэтому въ его книгѣ нечего искать какихъ-либо благихъ пожеланій и проектовъ, разсчитанныхъ на признаніе со стороны государствъ и на приложеніе ихъ въ будущемъ. Основныя положенія каждаго параграфа, резюмирующія вкратцѣ его содержаніе, напечатаны жирнымъ шрифтомъ; эти сжатыя, точно опредѣленныя положенія не всегда могутъ удовлетворить читателя вслѣдствіе своей категоричности и опредѣленности, которая въ самой дѣйствительной жизни не всегда встрѣчается; но эта форма изложенія не можетъ быть признана рѣшительно непріемлемой въ учебномъ руководствѣ, ибо, вызывая на возраженія, эти положенія способны лишь освѣжить академическое преподаваніе: къ истинѣ не всегда приходятъ прямымъ путемъ, иногда она обнаруживается ясно учащемуся вслѣдствіе одной лишь критики ошибочнаго утвержденія, ему предложеннаго для изученія.

Естественно, что для нѣмецкаго студента курсъ Листа, составленный на основаніи матеріаловъ, взятыхъ изъ договоровъ Германіи и ея законодательства, представляетъ неизмѣримо большій интересъ, чѣмъ для русскаго читателя, который нуждается въ освѣщеніи тѣхъ вопросовъ, въ которыхъ особенно заинтересована наша родина, и въ ознакомленіи съ нашей, русской, практикой; поэтому при пользованіи курсомъ Листа въ качествѣ пособія для приготовленія къ экзамену преподаватель будетъ поставленъ въ необходимость дать надлежащія дополненія о международныхъ отношеніяхъ Россіи. В. Э. Грабарь отчасти сдѣлалъ это; онъ далъ также весьма полезныя для русскаго читателя обзоры русской литературы по каждому вопросу, затрогиваемому въ курсѣ, увеличилъ число ссылокъ на иностранную литературу указаніями на нѣкоторыя нѣмецкія и французскія сочиненія и добавилъ фактическія указанія Листа матеріалами изъ новѣйшей международной практики. Всѣ эти вставки заключены въ скобки, благодаря чему легко отличить текстъ автора отъ примѣчаній и дополненій редактора.

Приложенный къ курсу Листа очеркъ частнаго международнаго права, составленный проф. бар. Б. Э. Нольде (стр. 461—

571), сравнительно съ очеркомъ, даннымъ въ предыдущемъ изданіи (стр. 449—581 второго изданія), появляется въ исправленномъ и нѣсколько сокращенномъ видѣ. Въ „приложеніяхъ“ помѣщены тексты важнѣйшихъ и новѣйшихъ международныхъ трактатовъ и соглашеній, чѣмъ имѣлось въ виду дать своего рода хрестоматію главнѣйшихъ источниковъ положительнаго международнаго права, и, кромѣ того, помѣщенъ предметный указатель.

Н. Н. Голубевъ.

Отвѣтъ г. Т. М. Яблочкову по поводу замѣчаній его на книгу: „Право и личность крестьянина“.

I.

Въ кн. IX (I) „Вопросовъ Права“ (1912 г.), г. Т. М. Яблочковъ сдѣлалъ рядъ замѣчаній о моемъ новомъ трудѣ по вопросу объ юридическомъ положеніи крестьянъ: „Право и личность крестьянина“.

Я очень хорошо знаю, что моя книга можетъ подать поводъ къ большому числу очень строгихъ замѣчаній. И чѣмъ больше было замѣчаній на нее, чѣмъ строже они были бы,—тѣмъ я былъ бы даже болѣе доволенъ. Вѣдь, это означало бы, что вопросъ, новый опытъ разработки котораго я далъ, вызываетъ давно и страстно ожидаемый мною интересъ, что ему придается большая важность, что этимъ вопросомъ начинаютъ серьезно заниматься и что по столь важному на мой взглядъ предмету есть у кого и многое что сказать. А въ теченіе слишкомъ двадцати лѣтъ я, съ своей стороны, пользовался всякимъ случаемъ для того, чтобы обратить на юридическое положеніе крестьянъ все то вниманіе, котораго оно заслуживаетъ; въ теченіе всего этого времени, самъ изслѣдуя по мѣрѣ силъ и возможности этотъ предметъ, я лишь убѣждался болѣе и болѣе въ его первенствующей важности и необходимости оказывать ему самое широкое вниманіе, въ необходимости поставить упорядоченіе юридическаго положенія крестьянъ во главу угла всякихъ мѣропріятій, направленныхъ къ улучшенію положенія населенія, къ разрѣшенію всѣхъ недуговъ, которыми страдаетъ страна, въ необходимости замѣнить въ значительной степени заботу объ экономическомъ положеніи крестьянскаго населенія заботою объ упроченіи его юридическаго положенія, считая, что съ дарованіемъ не-

обходимыхъ правъ личности крестьянина, съ ея дѣйствительнымъ освобожденіемъ,—все остальное само собою приложится. Свою новую книгу я предназначалъ для того, чтобы „поспособствовать хоть сколько нибудь разработкѣ и изученію юридическаго положенія крестьянъ „и—въ этомъ“ нашелъ бы для себя наибольшее удовлетвореніе и въ чужихъ трудахъ по этому вопросу усмотрѣлъ бы для себя лучшую награду“ (предисловіе, XVI). Такую награду я готовъ усмотрѣть и въ замѣчаніяхъ на мою книгу. Ибо такія замѣчанія—тоже трудъ, вкладываемый въ вопросъ, которому посвятилъ себя,—и трудъ, могущій быть весьма почтеннымъ. Предполагается при этомъ, что именно строгія замѣчанія исходятъ изъ особо серьезнаго отношенія автора замѣчаній къ вопросу, изъ знакомства съ нимъ, достаточнаго для того, чтобы побуждать къ такимъ замѣчаніямъ, изъ интереса къ предмету, дѣлающаго замѣчанія обязательными, вызываемыми важностью предмета.

Замѣчанія Т. М. Яблочкова,—эти возраженія ради возраженій—къ сожалѣнію, хоть и очень строги, но не даютъ такого удовлетворенія, и важность предмета побуждаетъ меня воспользоваться настоящимъ поводомъ для того, чтобы подчеркнуть ее, для того, чтобы убѣдить, если не автора замѣчаній, то тѣхъ, кто могъ повѣрить ему относительно нѣкоторымъ образомъ пустячности предмета и безплодности и ненужности моей работы по этому предмету,—что это вовсе не такъ, и что моя работа есть слабый, но вовсе не лишній опытъ по предмету, заслуживающему того, чтобы на выясненіе его было направлено побольше силъ.

Г. Яблочковъ какъ разъ не обнаруживаетъ сознанія важности предмета, знакомства съ нимъ, признанія неудовлетворительности юридическаго положеніи крестьянъ и необходимости работать надъ его улучшеніемъ. Для него это дѣло обстоитъ вполнѣ благополучно. Указывая, что моя цѣль—„убѣдить въ безусловной необходимости скорѣйшаго преобразованія положенія личности крестьянина“, г. Яблочковъ замѣчаетъ и даже восклицаетъ: „И эта цѣль выдвигается въ то время, когда *никто* (курсивъ г. Яблочкова) и не споритъ объ этой необходимости!“

Коль скоро авторъ замѣчаній на мою книгу находитъ возможнымъ услаждать себя подобнымъ образомъ въ тотъ самый моментъ, когда въ Государственномъ Совѣтѣ отвергается законопроектъ объ отмѣнѣ волостного суда, когда здѣсь терпитъ крушеніе всесословная волость, когда значительная часть Государственнаго Совѣта высказывается очень рѣшительно за неприкосновенность нынѣшнихъ основъ правового положенія крестьянъ

и за сохраненіе и даже расширеніе значенія обычая, какъ правовой нормы, въ крестьянской средѣ,—коль скоро такимъ путемъ отвергаются и самыя скромныя, самыя умѣренныя предположенія Думы, — если все это такъ на дѣлѣ, то замѣчанія г. Яблочкова не только уже подрываются заранѣе въ отношеніи ихъ основательности, но по указанному ихъ существу дѣлаютъ необходимымъ отвѣтить на нихъ для того, чтобы разсѣять сомнѣнія, которыя могли бы въ комъ-либо возбудить. Тутъ отвѣтъ обязателенъ для меня не какъ автора даннаго труда, а какъ просто гражданина, принимающаго близко къ сердцу интересы народа; для журнала, же давшаго мѣсто для такихъ замѣчаній, дѣлается обязательнымъ—не пожалѣть мѣста для отвѣта, хотя бы и обширнаго.

II.

Съ точки зрѣнія существа своего приведеннаго замѣчанія г. Яблочковъ, естественно, находитъ лишнею и ненужною мою программу мѣстнаго изслѣдованія правового положенія крестьянъ. Для него—она точь въ точь такая же, какъ и тѣ, которыя были выпущены до сихъ поръ, и такъ же смѣшиваетъ вопросы права и неправа, говоритъ и объ юридическихъ обычаяхъ и объ явленіяхъ, которыя не могутъ имѣть значенія правовой нормы, т.-е. заключаетъ въ себѣ то самое, что я горячо осуждаю въ другихъ. Но среди замѣчаній этого рода г. Яблочковъ дѣлаетъ—лишается возможности умолчать—одно общее замѣчаніе, которое уничтожаетъ значеніе всѣхъ остальныхъ. Онъ указываетъ все-таки, что „авторъ (стр. 73 и слѣд.) подчеркиваетъ вмѣстѣ съ тѣмъ упускаемое обыкновенно изъ виду дѣйствіе на ряду съ обычнымъ гражданскимъ правомъ и обычнаго государственнаго, финансоваго, уголовнаго и полицейскаго права“ (и процессуальнаго, могъ бы также сказать г. Яблочковъ). Но вѣдь если такъ, (а г. Яблочковъ могъ и долженъ былъ бы сказать, что я не просто подчеркиваю это, а доказываю, и не въ качествѣ сто перваго автора, и что доказательства этого рода, вполнѣ оригинальныя, составляютъ существенную часть содержанія моей новой книги; если такова одна сторона моей книги и моей программы, въ ней заключающейся, то это вовсе не дѣлаетъ мою программу лишнею и ненужною, а выставляетъ ее наоборотъ, какъ нѣчто новое и нужное. Ибо вѣдь обычаю до сихъ поръ приписывалось дѣйствіе почти исключительно ограничивающееся областью гражданскаго права,—а, между тѣмъ, наибольшее вліяніе на личность крестья-

нина оказываетъ допущеніе дѣйствія обычая въ области публичныхъ отношеній [1]). Да и то, что говорится въ моей книгѣ объ обычномъ гражданскомъ правѣ,—попытка моя точнѣе установить предѣлы, въ которыхъ предоставлено обычаю дѣйствовать на частно-правныя отношенія крестьянъ,—въ виду нерѣдко выражаемаго убѣжденія относительно всеобъемлющаго значенія здѣсь обычая,—вовсе не такова, чтобы отвергать ея значеніе. Соотвѣтствующая глава книги была въ свое время напечатана въ „Журналѣ С.-Петербургскаго Юридическаго Общества“ (книги IV и VI за 1896 г.) и вызвала замѣчанія, придававшія ей извѣстное значеніе, въ виду котораго она нашла себѣ мѣсто и на страницахъ почтеннаго органа. Вопросы обычнаго гражданскаго права, при всей полнотѣ вниманія, которое ему оказывалось, вовсе такъ просты и ясны, чтобы можно было успокоиваться на мысли, что дѣло хотя здѣсь обстоитъ вполнѣ благополучно.

Совсѣмъ уже нельзя, далѣе, признать серьезнаго значенія за нѣсколькими частными замѣчаніями о моей программѣ, дѣлаемыми г. Яблочковымъ. Прежде всего, нѣсколько странно даже утвержденіе, что вся книга, будто бы по собственному моему признанію, „служитъ лишь матерьяломъ для оправданія предлагаемой программы“. По этому поводу г. Яблочковъ думаетъ, что я неудачно помѣстилъ программу въ приложеніяхъ къ книгѣ, и лишь не указываетъ, что, по его мнѣнію, было бы удачнѣе нѣкоторымъ образомъ пройтись задомъ напередъ,—начать съ конца, а не съ начала. Вѣдь программа выражаетъ стремленіе выяснить извѣстные вопросы, установить извѣстные факты, наличность извѣстнаго пониманія данныхъ явленій. Вопросы программы могутъ явиться лишь какъ результатъ сознанія и убѣжденія необходимости установленія этихъ фактовъ и понятій. Въ этомъ смыслѣ всякая программа должна быть обоснована. Обоснованіе можетъ предполагаться,—и оно предполагается для тѣхъ программъ, которыя существуютъ по настоящему предмету. Но еще лучше, если программа одновременно и обосновывается. Въ такомъ случаѣ легче усвоивается ея значеніе и легко ею руковод-

---

[1]) Кстати сказать, когда—въ 1910 г.—я дѣлалъ эту программу предметомъ сообщенія въ Ярославскомъ юридическомъ обществѣ, г. Яблочковъ выражалъ сомнѣніе въ допущеніи или существованіи обычнаго уголовнаго права. Онъ не повторяетъ здѣсь этихъ своихъ сомнѣній. Значитъ, и словесныя возраженія мои на его замѣчанія относительно доклада оказались нелишними. Дѣло касалось только одной небольшой части моего труда, изложеннаго словесно. Почему же бы оказаться излишнимъ и ненужнымъ всему труду въ печатномъ видѣ?

ствоваться. Извѣстно, что существующія—имѣющія въ виду почти исключительно обычное гражданское право—программы не имѣли большого практическаго значенія. Не оттого ли, что онѣ не являлись непосредственно обосновываемыми? Попытки точнаго обоснованія ихъ—то есть попытки ближайшаго изслѣдованія хотя бы отдѣльныхъ сторонъ юридическаго положенія крестьянъ—не могли ли сдѣлать многіе вопросы, въ нихъ заключающіеся, излишними? Я именно сдѣлалъ эту попытку, и именно въ результатѣ такой попытки явилась самая программа, имѣющая уже цѣлью не отдѣльныя стороны, а въ возможной широтѣ общее юридическое положеніе крестьянъ; такъ какъ многолѣтнее изученіе этого положенія показало мнѣ, что среди крестьянъ дѣйствуютъ крайне неопредѣленныя правовыя нормы, что этимъ должно приводиться въ сильное колебаніе ихъ юридическое положеніе, что отсюда должна получаться крайняя необезпеченность важнѣйшихъ правъ личности земледѣльца и пр. Программа должна была, какъ я и указываю въ предисловіи къ ней, „логически слѣдовать изъ предшествующаго изложенія и имъ обосновываться". Начать съ конца, какъ предлагаетъ мой критикъ, я, такимъ образомъ, никакъ не могъ.

Еще менѣе серьезны замѣчанія о томъ, что я самъ смѣшиваю правовые вопросы съ вопросами, не относящимися къ праву, и въ программѣ мѣстнаго и непосредственнаго изслѣдованія ставлю вопросы, которые могутъ быть выясняемы и въ Петербургѣ: напримѣръ, о развитіи торговли и промышленности въ изслѣдуемой мѣстности, о книгахъ, ведущихся въ волостныхъ правленіяхъ, объ имѣющихся въ волостныхъ правленіяхъ книгахъ законовъ и пр. Вѣдь это „общіе вопросы", какъ я указываю (264),—это „условія и явленія, сами по себѣ многообѣщающія и служащія основой, на которой разрѣшаются вопросы, поставленные въ дальнѣйшихъ главахъ". Не было ли бы странно, если бы я избѣжалъ ихъ, не являются ли они необходимыми именно въ программѣ мѣстнаго изслѣдованія?

По поводу вопроса моей программы—„какъ смотрятъ крестьяне на пьянство? Какое вліяніе оказываетъ на нравственность населенія казенная продажа питей тамъ, гдѣ она введена?"—г. Яблочковъ находитъ возможнымъ обнаружить наличность у себя остроумія: „Если—говоритъ онъ—соотвѣтствующій корреспондентъ (извозчикъ, швейцаръ, сельскій обыватель и т. п.) скажетъ, что водка—„распрекрасное дѣло", то авторъ съ этимъ не согласится, а если отвѣтъ послѣдуетъ въ томъ смыслѣ, въ какомъ онъ уже давнымъ-давно установленъ наукой и жизнью, то что новаго

дастъ такой отвѣтъ?“ Можетъ-быть, это дѣйствительно остроумно и способность острить у г. Яблочкова есть. Но не это требовалось здѣсь доказать. Если г. Яблочкову казался лишнимъ этотъ вопросъ,—вопросъ объ обстановкѣ, объ условіяхъ, вліяющихъ на нравы, а съ ними на обычаи среди даннаго населенія,—то это нужно было бы сдѣлать иначе (если было можно). А то въ настоящей плоскости не является доказаннымъ, что критикъ мой и остроуменъ.

Нѣкоторые вопросы кажутся г. Яблочкову лишними, такъ какъ отрицательные отвѣты на нихъ, собственно, даны въ книгѣ мною самимъ. Напримѣръ, вопросы о дѣйствіи давности и пр. Но г. Яблочковъ забываетъ, что вопросы о предѣлахъ дѣйствія обычая на отношенія крестьянъ неясны и спорны, что, какъ онъ самъ признаетъ, я подчеркиваю предоставленіе дѣйствія обычаю на большее число отношеній, чѣмъ предполагается обыкновенно, указывая на публичныя отношенія, и, съ другой стороны, суживаю предѣлы дѣйствія обычая въ частномъ правѣ. А разъ данные вопросы имѣютъ нѣсколько спорное значеніе, я не могу, не считаю себѣ въ правѣ успокоиваться на отрицательныхъ отвѣтахъ, которые имѣются у меня на нѣкоторые вопросы. Я обязываюсь ихъ ставить, для того чтобы изслѣдованіе убѣдило въ томъ, что нужно „скорѣйшимъ образомъ преобразовать положеніе личности крестьянина“. Какъ бы ни смотрѣлъ я на значеніе обычая, на вопросъ о томъ, существуетъ ли онъ въ правовомъ смыслѣ, и пр.,—но передо мной фактъ предоставленія самимъ закономъ широкаго дѣйствія обычаю, какъ правовой нормѣ,—и этого факта достаточно для того, чтобы признать необходимость составленія программы, постановки въ ней цѣлаго ряда вопросовъ,—для выясненія на дѣлѣ, въ жизни, тѣхъ послѣдствій, которыя влечетъ за собою отведеніе закономъ такой роли обычаю.

Опредѣленіе мое—что такое юридическій обычай—г. Яблочкову не нравится, и потому онъ находитъ, что я не установилъ достаточно ясно, *что* нужно изслѣдовать, послѣ того, какъ ему представилось неяснымъ, *для чего* необходимо такое изслѣдованіе. Можетъ-быть, мое опредѣленіе и не отвѣчаетъ всѣмъ требованіямъ. Извѣстно, что такого рода опредѣленія—дѣло трудное, и попытки опредѣленій носятъ очень часто субъективный характеръ. Одинъ авторъ можетъ обнаружить стремленіе отмѣтить одну сторону предмета въ своемъ опредѣленіи, другой—другую. Отсюда—разнообразіе опредѣленій одного и того же предмета, Моя задача была тѣмъ труднѣе, что я стремился дать опредѣленіе юридическаго обычая, которое подходило бы для него какъ

нормы въ области не только права частнаго, но и разныхъ видовъ права публичнаго. Отсюда мнѣ приходилось, и не разъ, возвращаться къ этой своей задачѣ, разрѣшавшейся притомъ и для людей, которые могли заполнять программу, не имѣя достаточной юридической подготовки. Конечно, можно критиковать мою попытку и сдѣлать другую, болѣе удачную. Однако, въ замѣчаніяхъ г. Яблочкова я не нахожу ничего для себя поучительнаго. Въ нѣкоторыхъ частяхъ они вызываютъ недоумѣніе.

Г. Яблочковъ не согласенъ съ приданіемъ мною юридическому обычаю характера принудительности, съ допущеніемъ надобности въ исполненіи его требованій принудительно. Не представляю себѣ, какъ же можно противъ этого возражать. Въ развитіи обычаевъ могутъ быть стадіи, когда они примѣняются механически, какъ мертвая, твердо установившаяся норма, не встрѣчающая никакихъ возраженій. Но вѣдь это не говоритъ о существѣ обычая, какъ формы права, которая, какъ таковая, въ противоположность другимъ формамъ права, исключаетъ принудительное исполненіе. И менѣе всего это говоритъ о той стадіи развитія, на которой—можно предполагать—находятся обычаи нынѣ, если признать ихъ существованіе. Обычай допускается, между прочимъ, для примѣненія волостнымъ судомъ въ случаяхъ „тяжбъ и споровъ между крестьянами“. Ясно, что рѣшеніе, основанное въ спорномъ дѣлѣ на обычаѣ, едва ли встрѣтитъ добровольное подчиненіе ему со стороны, проигравшей дѣло. Или г. Яблочковъ думаетъ, что разъ рѣшеніе основано на обычаѣ, то оно не можетъ быть приводимо въ исполненіе принудительно?

Г. Яблочковъ возражаетъ и противъ той части моего опредѣленія, въ которой я требую для признанія обычая юридическимъ, чтобы онъ „согласовался съ юридическими принципами, недопускающими никакихъ исключеній“. Онъ приводитъ при этомъ и нѣсколько примѣровъ обычаевъ, въ которыхъ отъ юридическихъ принциповъ обнаруживаются несомнѣнныя отступленія. Примѣры очень удачны. Вполнѣ это признаю. Но что же дѣлать! Всякое опредѣленіе потому и страдаетъ общностью, въ которой онъ обвиняетъ мое опредѣленіе, что оно—опредѣленіе, что никакъ нельзя охватить общей формулой все разнообразіе, которое представляютъ жизненныя отношенія. А вѣдь мнѣ приходилось давать опредѣленіе обычаю не въ области только частнаго, но и публичнаго права. Оперированіе же съ обычнымъ уголовнымъ правомъ, матеріальнымъ и формальнымъ, дѣлало совершенно необходимою ссылку на юридическіе принципы, не допускающіе никакихъ исключеній.

Сошлюсь на только что вышедшую и находящуюся у меня подъ руками книгу американскаго ученаго автора, комментирующаго преимущественно частное право и дающаго опредѣленіе юридическому обычаю въ области этого права,—на Парсонса. „Само торговое право,—говоритъ онъ,—есть часть обычнаго права (въ американскомъ понятіи) и потому обладаетъ полной обязательной силой закона. Но обычай не можетъ быть признанъ въ силѣ закона, если онъ составляетъ нарушеніе статутарнаго права или же очевидныхъ принциповъ общественнаго благочинія или общепринятой честности“ (And the law merchant is itself a part of the common law, and therefore has the whole obligatory force of law. This would not be true, if the custom was one which violated statute law or the obvious principles of public policy or common honesty) [1]). И вотъ, если американскому автору пришлось въ своемъ опредѣленіи обычая изъ области частнаго права прибѣгнуть къ ссылкѣ на очевидные принципы общественнаго благочинія или общепринятой честности, то тѣмъ менѣе могъ обойтись безъ этого я, давая опредѣленіе, которое должно было охватить болѣе широкое понятіе объ юридическомъ обычаѣ и являться болѣе общимъ. Жаль, что г. Яблочковъ не попытался дать собственное опредѣленіе предмету. Можетъ-быть, оно было бы поучительнѣе замѣчаній, которыя сами не выдерживаютъ критики.

Перехожу къ послѣднему основному возраженію (оставляя рядъ мелкихъ, чтобы не удлинять отвѣта слишкомъ),—къ замѣчанію, которымъ критикъ стремится опорочить самые *пріемы*, указываемые мною для изслѣдованія предлагаемаго предмета. И тутъ его замѣчанія прежде всего вызываютъ недоумѣніе. Я вовсе не указывалъ, кому придется оцѣнивать обычаи окончательно для претворенія въ законъ. Но и отъ простого собира-

---

[1]) „Laws of Business for All the States and Territories of the Union and the Dominion of Canada“. By Theophilus Parsons, LL. D. New Enlarged Edition. 1912. Pages 28—29.

Въ американскомъ смыслѣ кстати сказать обычное право различныхъ штатовъ состоитъ, прежде всего, изъ всѣхъ англійскихъ законовъ—статутарнаго или обычнаго права,—которые имѣли силу въ каждомъ данномъ штатѣ въ моментъ пріобрѣтенія независимости (отъ метрополіи), были признаны американскими судебными мѣстами и не были съ тѣхъ поръ отмѣнены или не вышли изъ употребленія. Затѣмъ обычное право состоитъ здѣсь изъ всѣхъ тѣхъ общепринятыхъ обычаевъ и всѣхъ тѣхъ толкованій и примѣненій положительнаго закона, которые признаны судебными мѣстами Штатовъ въ силѣ закона.

теля я требовалъ основательной подготовки и для этого, между прочимъ, обосновывалъ свою программу, помѣщалъ ее въ концѣ довольно пространныхъ изысканій и указывалъ во второмъ приложеніи литературу правового положенія крестьянъ. Я не указывалъ органа, которому принадлежало бы подготовленіе законопроекта на основаніи собранныхъ матеріаловъ. Это было бы преждевременно и, во всякомъ случаѣ, этою цѣлію я не задавался въ своей книгѣ. Не имѣлъ я въ виду указывать и того, какъ могло бы быть организовано офиціальнымъ путемъ собираніе юридическихъ обычаевъ. Г. Яблочковъ попадаетъ поэтому мимо цѣли, указывая на то, какъ дѣло собиранія обычаевъ (и отчасти претворенія ихъ въ законъ) было организовано во Франціи ордоннансомъ 1453 г., изданнымъ Карломъ VII. Я давалъ программу и не для собиранія собственно юридическихъ обычаевъ. Моя программа—*программа изслѣдованія на мѣстахъ правового положенія крестьянъ, выясненія дѣйствующихъ среди крестьянъ нормъ права и ихъ вліянія на личность крестьянина*. Мнѣ нужно было, чтобы было собрано побольше фактовъ, данныхъ самой неприкрашенной дѣйствительности, для характеристики того безправнаго, приниженнаго юридическаго положенія, въ которомъ находятся крестьяне. Я считалъ, что факты могутъ лучше убѣдить въ необходимости кореннаго преобразованія крестьянскаго быта, чѣмъ теоретическія разсужденія, такъ какъ они способны дѣйствовать не только на умъ, но на сердце, на чувство. А требовалось создать именно извѣстное горячее отношеніе къ забытому предмету. И для того, чтобы собрать побольше такихъ фактовъ, я предлагалъ не пренебрегать никакимъ источникомъ. Я указывалъ для этого и на бесѣды о деревнѣ и ея порядкахъ даже съ крестьянами, живущими въ городѣ,—прислугой, швейцарами, дворниками, извозчиками. Я сожалѣлъ, что у насъ не развиты опросы деревенскихъ людей, съ которыми приходится постоянно сталкиваться въ городѣ. А, между тѣмъ, по моему мнѣнію, эти лица бываютъ въ состояніи сообщить много интереснаго какъ по части фактовъ, такъ и по части собственныхъ (а съ ними вообще крестьянскихъ) юридическихъ воззрѣній. Вѣдь, большею частью они оказываются далеко не порвавшими связей съ деревнею, часто болѣютъ ея недугами, живутъ ея интересами, имѣютъ дома и землю въ деревнѣ, сплошь и рядомъ какія-нибудь дѣла, подчасъ сильнѣйшимъ образомъ ихъ угнетающія, и хранятъ массу воспоминаній, разсказовъ и впечатлѣній о деревенскихъ порядкахъ, о сельской крестьянской жизни, объ ея правовыхъ условіяхъ. Г. Яблочковъ не прочь иро-

низировать надъ такими источниками съ высоты своего бюрократическаго величія. Они чужды его сознанію. Въ указанной разсмотрѣнной уже попыткѣ его острить живо проявляется отношеніе къ народу бюрократа, который боится народа и смотритъ на него со смѣшаннымъ чувствомъ ненависти и презрѣнія. Со ссылкою на Францію, г. Яблочковъ требуетъ просто образованія комиссій изъ юристовъ для собиранія обычаевъ. Но вѣдь если въ странѣ, которая меньше нѣкоторыхъ нашихъ губерній, можно было обойтись безъ помощи вообще интеллигентныхъ людей (причемъ, однако, и юристы, собиратели обычаевъ, не обходились безъ опросовъ и простыхъ обывателей) въ дѣлѣ собиранія обычаевъ, относящихся къ гражданскому праву (а это имѣлъ въ виду ордоннансъ Карла VII, о чемъ напрасно не упоминаетъ г. Яблочковъ),—то какъ же можно было бы предложить пренебрегать всѣми силами и способами у насъ, въ Россіи,—гдѣ высказывается опасеніе, что нехватило бы интеллигентныхъ людей и для должностей единоличныхъ судей, если бы были отмѣнены волостные суды,—въ дѣлѣ выясненія правового положенія народа,—какъ же можно было обойтись безъ такого широкаго и общаго содѣйствія въ такомъ дѣлѣ здѣсь и успокоиться на бюрократическихъ комиссіяхъ... Впрочемъ, это дѣло вѣры въ бюрократію и общество...

Н. П. Дружининъ.

Издатели: { А. Л. Форштетеръ. Г. С. Фельдштейнъ. Редакторъ Г. С. Фельдштейнъ.

0000193590
ЮФ СПБГУ